

AUDREY SILVA KYT

PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO FRENTE A SOCIEDADE DE MASSA

**Monografia apresentada como requisito parcial à
graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Elimar Szaniawski

**CURITIBA
2003**


TERMO DE APROVAÇÃO

AUDREY SILVA KYT

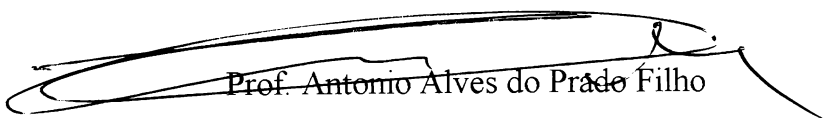
PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO FRENTE A SOCIEDADE DE MASSA

Monografia aprovada como requisito parcial para a graduação no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Elimar Szaniawski



Prof. Antonio Alves do Prado Filho



Prof.ª Ana Carla H. Matos

Curitiba, 22 de outubro de 2003

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	01
1 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO	04
2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS	10
2.1. NOÇÕES GERAIS	10
2.2. AUTONOMIA DA VONTADE	15
2.2.1. Origens do Princípio da Autonomia da Vontade	15
2.2.2. Conceito e Terminologia: Autonomia da Vontade ou Autonomia Privada .	22
2.2.3. Princípio da Liberdade Contratual	25
2.2.4. Princípio da Força obrigatória dos Contratos	27
2.2.5. Princípio da Relatividade dos Contratos	30
3 A NOVA REALIDADE CONTRATUAL	32
3.1. OS CONTRATOS NA SOCIEDADE DE MASSA	32
3.2. CONTRATOS DE MASSA E CLÁUSULAS ABUSIVAS	41
3.3. A “CRISE” NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E A SOCIALIZAÇÃO DO CONTRATO	47
4 OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO	56
4.1. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS	56
4.2. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL	67
4.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	72
5 A ARTICULAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS	77
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

RESUMO

A presente monografia visa investigar o contrato das relações interprivadas em uma perspectiva social contemporânea. Ainda hoje adotamos, nos contratos em geral, o denominado modelo liberal, herdado do século XIX e que foi exaustivamente ensinado nos cursos jurídicos por quase todo o período do século XX. Os princípios liberais do contrato (liberdade de contratar, força obrigatória dos contratos e relatividade subjetiva) afirmaram a liberdade individual, contribuindo para o controle dos poderes públicos, mas foram insuficientes para controlar os abusos dos poderes privados. No entanto, a sociedade passou por modificações no curso da história e a nova realidade resultante desse fenômeno clamava pela realização de uma justiça mais distributiva que não era alcançada com a utilização da teoria clássica. Os chamados tempos pós-modernos acabaram por decretar a insuficiência desse modelo contratual clássico e a propor uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Os limites impostos pelo princípio da função social, da equivalência material e do princípio da boa-fé objetiva, agora consignados na teoria geral dos contratos, se completam para permitir uma visão mais humanista desse instituto que deixará de ser apenas um meio para obtenção de lucro.

INTRODUÇÃO

“O mundo moderno é o mundo do contrato”, afirma Caio Mário da Silva PEREIRA. “E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que”, continua ele, “se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social.”¹

A presente monografia destina-se à investigação da concepção social de contrato e seus princípios informadores, fruto das inúmeras transformações que levaram a formulação de um Estado Social de Direito.

Cabe estabelecer que o contrato, analisado no presente trabalho, será o contrato oneroso (excluindo-se, então, os contratos gratuitos). O trabalho, também, ficará delimitado aos contratos localizados no “Direito Privado” (terminologia clássica aqui utilizada apenas para delimitar o objeto de estudo, tendo em vista a superação da dicotomia público e privado).

Fala-se muito hoje na chamada crise do direito. Esta não vem a significar o enfraquecimento do ordenamento jurídico na solução de conflitos, mas sim a crise de um sistema jurídico que se mostrou adequado ao funcionamento de uma sociedade em dada época e que hoje, com o curso da história, se mostra insuficiente para abarcar o anseio de justiça na sociedade. Fala-se do modelo jurídico clássico com seus princípios e sua metodologia, fruto de uma sociedade onde uma classe ascendente de comerciantes e pequenos industriais se opusera a um regime de classes privilegiadas, reclamando liberdade e igualdade de direitos. Ocorre que a sociedade passou por modificações no curso da história e a nova realidade resultante desse fenômeno clamava pela realização de uma justiça mais distributiva que não era alcançada com a utilização do sistema jurídico clássico.

É por isso que hoje se fala em duas concepções a respeito do direito dos contratos, uma a que se poderia chamar clássica, ou liberal, ou outra a que se poderia denominar “pós-moderna” ou social.² Ainda hoje adotamos, nos contratos em geral, o

¹ PEREIRA, C. M. da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v.3. p.9.

² NORONHA, F. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: (autonomia privada, boa fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva. p 41.

denominado modelo liberal, herdado do século XIX, como sendo um inabalável paradigma, estabelecendo-se um “dogma” entre os operadores do direito em torno dos princípios da autonomia da vontade e força obrigatória, desde que livremente formalizados e com observância à ordem pública e aos bons costumes.

A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. Pode-se dizer que o contrato nasceu da realidade social.

No contexto da ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito. A concepção de vínculo contratual estava centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. A função de leis que tratassem dos contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes. A tutela jurídica limitava-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contratantes. Portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos assim como a liberdade contratual. Esta concepção voluntarista e liberal influenciou as grandes codificações do Direito, sendo positivada pelo Código Civil brasileiro de 1916.

Ao Estado Liberal sucedeu o Estado Social com a tônica de não apenas declarar direitos individuais e garantias fundamentais, mas de torná-los realidade mediante política de efetiva implantação de medidas compatíveis com a justiça e o bem estar social. Os chamados tempos “pós-modernos” de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório acabaram por decretar a insuficiência desse modelo contratual clássico e a propor uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Parte-se, então, da premissa fundamental da superação do conceito clássico de contrato. A problemática em questão reside na desconexão entre o discurso que insiste em sustentar um contrato nucleado na vontade dos sujeitos (autonomia da vontade), sem a devida atenção de que esta manifestação de vontade é o dado menos significativo na composição do contrato contemporâneo.

Vencida a necessária explicação temática, passa-se ao desenvolvimento do núcleo da monografia, a partir da verificação inicial dos “porquês” do contrato e da sua concepção liberal (com base no dogma da vontade), cujas premissas foram absorvidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, entrando em discussão no século XX, o que sugere a formação de uma nova teoria contratual. É o que ocorre com os princípios clássicos (liberdade contratual, obrigatoriedade e relatividade dos contratos), todos com perfil dogmático, que hoje são objeto de profundas reflexões. A partir dessas reflexões é que se poderá indicar uma nova ordem principiológica dos contratos, baseada na socialização, em que estão presentes a função social do contrato, a equivalência material e a boa fé objetiva nas relações contratuais.

Por fim, deve-se ter em mente se haveria e como se daria uma possível compatibilização entre os princípios contratuais clássicos e os princípios sociais do contrato, tendo em vista a justiça contratual.

1 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO

Não há unanimidade entre os juristas quanto à conceituação de princípio. Há basicamente duas correntes de pensamento que partem de diferentes pressupostos para fornecer o conceito pretendido.

Uma primeira corrente, denominada estrutural, costuma distinguir princípios de regras ou discutir sua natureza jurídica como norma. Uma segunda corrente, denominada funcional, busca realçar o papel desenvolvido pelos princípios na sistematização do ordenamento.³ Aqui não cabe analisar pormenorizadamente as duas correntes, mas reconhecer os princípios como fonte direta do ordenamento jurídico, e conseqüentemente de abertura do sistema jurídico.

Na perspectiva estruturalista, uma primeira abordagem negava a natureza jurídica de normas aos princípios em face de seu conteúdo vago em contraposição ao conceito de norma. Os princípios seriam tão-somente preceitos de ordem moral ou política e não comandos jurídicos como as normas. Estariam inseridos na Constituição pelo fato de esta não ser um corpo estritamente jurídico de normas, mas limítrofe do social, moral e político.

O reconhecimento de que os princípios deveriam ter seu cumprimento imposto ao Estado, como forma de garantir direitos dos cidadãos, em especial com a transformação do poder estatal (de sancionador para promotor do bem estar social em decorrência do modelo social de Estado), como será visto adiante⁴, fez fortalecer a idéia de concretude dos princípios como normas jurídicas, sem distinção de natureza. Garantiu-se a observância do conteúdo principiológico ao lado do essencialmente normativo em face da aceitação do princípio como tipo especial de norma jurídica, mas por outro lado terminou por descaracterizar a sua identidade própria como elemento fundante do direito.

³ CASTRO, M. A colisão entre as normas do novo Código Civil e as leis especiais em vigor: aplicação do princípio jurídico. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n.13, jan./mar. 2003. p.158.

⁴ v. cap. 3.3.

Para Miguel REALE os princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem um dado campo do saber”, ou seja, “são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*”.⁵

Deve-se observar que há duas orientações em relação aos princípios como norma, uma positivista da codificação, hostil a utilização dos princípios que por possuírem caráter ambíguo e vago estariam em conflito com a pretensão de precisão da codificação, e outra jusnaturalista, favorável a utilização dos princípios por se manifestarem “*em la conciencia social de la época*”⁶ como fundantes do sistema jurídico.

Celso Antônio Bandeira de MELLO atento à natureza funcional do princípio parece sobressair-se na captura da essência do que efetivamente deve ser considerado princípio:

Princípio-já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá um sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas reforçadas.⁷

Entende-se a necessidade de unir as esferas estrutural e funcional. Nas palavras de Mônica CASTRO:

⁵ REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.299.

⁶ BETTI, E. citado por NALIN, P. R. R. **Conceito pós-moderno de contrato**: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba, 2000. 285 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais)- Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.80.

⁷ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 629-630.

Se por um aspecto é importante afirmar estruturalmente o que vem a ser um princípio de outro não menos valioso é reconhecer as suas funções. A indicação de que o princípio é também uma norma foi importante para impor seu cumprimento e afastar a idéia de que a norma que dita um princípio seja objeto de mera contemplação. Mais importante é, sobretudo, apontar a sua multifuncionalidade e, em especial, o emprego aqui indicado de garantidor de unidade do sistema e, para além dele, dos valores encontrados na sociedade abrangida por sua aplicação.⁸

A classificação principiológica mais completa indica a existência de cinco tipos diversos de princípios de acordo com a relação destes com o respectivo sistema jurídico. Seriam eles: “princípio positivo de direito”, “princípio implícito de direito”, “princípio extra-sistêmico de direito”, “princípio-nome” e “princípio-construção”.⁹ Os mais importantes são os três primeiros por possuírem características marcantes e diferenciadoras que acabem absorvendo os dois últimos. O “princípio positivo de direito” seria a norma manifestada expressamente no texto legal (por exemplo, a função social do contrato no art.421 do Novo Código Civil). Por “princípio implícito” entende-se aquele que advém, de forma mediata, de disposições legais existentes no sistema, isto é, embora não acolhido expressamente no sistema, dele é extraído com base nas regras ali contidas (um exemplo seria o princípio da proporcionalidade extraído de regras positivadas como o art.5º da Constituição ao elencar o princípio da isonomia e da justiça distributiva). O “princípio extra-sistêmico” seria aquele que advém da essência dos conceitos jurídicos considerados como entidades na condição de convicções jurídico-éticas que se encontram na consciência coletiva (por exemplo, os valores morais).

Classicamente na civilística brasileira, por força do art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4657 de 1942), apresentam-se os princípios como uma verdadeira fonte supletiva da ordem jurídica, reservando a eles um restrito papel integrativo na interpretação da lei, depois de exauridas as fontes de analogia e dos costumes.

É importante ressaltar que parte da doutrina vê o surgimento do princípio tão-somente com sua positivação. Esse entendimento parte da experiência codificadora,

⁸ CASTRO, M. A colisão entre as normas ... , p.160.

⁹ Classificação dada por WROBLEWSKI citado por CASTRO, M. A colisão entre as normas... , p.161.

conforme citado acima, que se contrapôs ao sistema anterior supletivamente fundado nos princípios de direito natural. Atribuiu-se ao princípio força normativa, mas, por outro lado, correu-se o risco de anular o reconhecimento dos princípios como fonte direta do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a abertura do sistema, deparando-se, com mais um grupo de regras jurídicas como as demais já positivadas, as quais servem para alimentar a idéia do sistema fechado (completo e único). Predomina, dessa forma, a concepção de que o sistema jurídico somente deve ser assim considerado se, de princípios gerais de direito, puderem ser deduzidas regras concretas.

No entanto, apenas pequena parte dos princípios encontram estabilidade normativa, o que lhe diminui a sua função aglutinadora das normas. A força estruturante dos princípios independe de sua positivação, pouco importando se apresentam-se em forma de preceito ou mera abstração. Nota-se até mesmo característica sancionatória em princípios não estabilizados, princípios implícitos e extra-sistêmicos. Um caso exemplar de sanção decorrente de quebra de princípio, e que em relação ao tema aqui exposto nesse trabalho assume grande importância, está contido no inc. IV do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, ao se deparar o interprete com a pena de nulidade, pela inobservância do fornecedor ao elaborar cláusula contratual distanciada do princípio da boa fé.

A boa fé, neste espaço jurídico, acaba tomando uma dimensão ímpar, pois é a partir dela que se impõe o princípio constitucional da dignidade humana (inc. III, art.1º), frente ao também princípio constitucional da livre iniciativa (inc. IV, art.1º). O indispensável é reconhecer força normativa no princípio, revestida de sanção, inclusive, a desbordar de seu limitado papel de preenchimento de lacunas da lei, conforme prevê o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁰

Identificar um princípio, enquanto geral, do direito, não é tarefa que se possa dizer simples, sendo arriscada uma classificação elaborada sem um juízo de relatividade, em função do princípio aplicado ao caso concreto. Vários critérios foram construídos para a tarefa de identificação da vigência de dado princípio. Em primeira hipótese, seu fundamento identificador seria a evidência de sua realidade e eficácia,

¹⁰ Exemplo de NALIN, P. R. R. **Conceito pós-moderno...**, f.86.

isto é, seria aquele que tenha descoberto e sobre o qual não reste qualquer dúvida quanto à aplicabilidade. Esse critério parece não ser suficiente para identificar os chamados princípios implícitos e os extra-sistêmicos. Um segundo critério seria a existência de uma instituição organizada em torno do valor ou idéia que se pretende qualificar como princípio. Esse entendimento também é criticável. Nem sempre o princípio converge na existência de uma instituição em torno dele, além disso, há uma verdadeira inversão lógica, pois, na verdade é a realidade do princípio que fundamenta a instituição¹¹. Outro entendimento já afirmaria que o princípio surgiria quando um valor socialmente aceito possa inspirar a solução das controvérsias judiciais postas ou possíveis de serem, deslocando a problemática em questão para o momento do surgimento do princípio e não um possível critério objetivo para identificá-lo na comunidade.

Percebe-se que não há um critério unânime a ser utilizado para determinar, objetivamente, o momento em que uma idéia deixa de ser um juízo subjetivo de valor e passa a ser de toda a comunidade, principalmente quando se trata de princípios implícitos e extra-sistêmicos.

Poder-se-ia aduzir que é característica ínsita aos princípios essa dificuldade de sua identificação prévia, segura e objetiva. Não obstante, não pode o jurista renunciar a essa objetividade e, assim, não lhe é permitido abdicar da descoberta de novos princípios em razão dessa dificuldade, ainda porque é em face dessa objetivação – descoberta - que os valores sociais se tornam princípios jurídicos.¹²

Sendo assim, deve-se ter cuidado na eleição de princípios para que estes não indiquem valores meramente individuais.

Fernando NORONHA também reconhece a existência de princípios não positivados e a importância do instituto para a evolução do direito. Entende que as normas positivas são informadas por princípios e valores. As normas normalmente são legisladas, mas há aquelas de origem jurisprudencial e até mesmo consuetudinária.

¹¹ Em relação ao direito civil, parcela de incerteza sobre a lista de princípios gerais se atribuiria a alguma confusão semântica, ou mera aproximação, que a doutrina fez entre princípios e institutos jurídicos.

¹² CASTRO, M. A **colisão entre normas...**, p.167.

Mesmo as normas legisladas não têm exatamente o alcance inicialmente querido pelo legislador, porque elas, com o passar do tempo, acabem transformando-se numa simbiose entre aquilo que o legislador quis e as ampliações ou limitações que as necessidades sociais e os valores prevalentes em cada época recomendam, e a jurisprudência vai consagrando. As normas que compõem um dado sistema jurídico são, assim, reais, as que se aplicam na sociedade, e tal qual se aplicam. Podem ser normas legisladas (e quase sempre trabalhadas pela jurisprudência), mas também podem ser normas totalmente construídas pela jurisprudência, no seu incessante labor de “aplicação” do direito, orientado pelos princípios e valores subjacentes. É por este processo que princípios e valores imperceptivelmente vão fazendo evoluir o direito que nos rege.¹³

¹³ NORONHA, F. **O direito dos...**, p.09.

2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS

2.1. NOÇÕES GERAIS

Observando a doutrina brasileira verificaremos que se continua considerando o contrato dominado por dois princípios tradicionalmente tidos como fundamentais: a autonomia da vontade manifestada na liberdade contratual e a vinculação das partes ao estabelecido no contrato (ou força obrigatória dos contratos).¹⁴

A concepção clássica de contrato teria origem nesses dois princípios fundamentais. A autonomia da vontade, princípio fundamental do direito privado, no campo contratual se manifesta no princípio da liberdade contratual. Esta seria a somatória de três liberdades, segundo a concepção clássica: a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolha da pessoa com quem se quer contratar, e a liberdade de fixar o conteúdo e a forma do contrato. A obrigatoriedade do contrato consistiria na vinculação das partes ao que foi estipulado no contrato, o contrato seria lei entre as partes segundo a máxima *pacta sunt servanda*. Quanto a este, para Fernando NORONHA ¹⁵, melhor seria falar em princípio da “intangibilidade”, porque esta denominação traduziria melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade do contrato ser submetido à revisão judicial.

No entanto, no fundo, estes dois princípios seriam extraídos da autonomia da vontade, segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que haja assumido voluntariamente. Seria devido ao princípio da autonomia da vontade que se reconheceria às partes a liberdade contratual e em consequência desta as partes estariam obrigadas a cumprir o estipulado. Poderia-se até mesmo dizer, que na formulação tradicional, o princípio realmente essencial seria a liberdade contratual, já que o princípio da vinculatividade poderia ser considerado como consequência lógica do outro. Nas palavras de Antunes VARELA, “a expressão liberdade contratual não

¹⁴ V. NORONHA, F. loc. cit., p.44.

¹⁵ Ibid., p.42.

contém apenas um termo (liberdade) (...), e o segundo termo do binômio (contratual) aponta para força vinculativa do acordo”.¹⁶

Os princípios do efeito relativo do contrato e o do consensualismo, citados pela doutrina brasileira, também seriam decorrência do princípio da autonomia da vontade. Em relação ao efeito relativo, se as partes só se obrigam na medida de sua liberdade, então os contratos não poderiam prejudicar, nem beneficiar terceiros. Já em relação ao consensualismo, as partes sendo livres para contrair obrigações, ficariam vinculadas apenas pela manifestação dada nesse sentido, sem necessidade de se subordinarem a quaisquer formalidades. Vejamos como a doutrina nacional clássica se posiciona quanto aos princípios fundamentais na matéria contratual.

Maria Helena DINIZ, em compêndio acadêmico, relaciona os princípios da autonomia da vontade, no qual se fundaria a liberdade contratual; do consensualismo, em que o simples acordo de vontades basta para gerar o contrato válido; da obrigatoriedade da convenção, pelo qual as estipulações feitas no contrato devem ser fielmente cumpridas, porque este constituirá uma verdadeira norma de direito ao ser concluído; da relatividade dos efeitos do contrato; pelo qual o contrato vincula exclusivamente as partes que nele intervieram; e por último o princípio da boa fé, em que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.¹⁷

Para Humberto THEODORO JÚNIOR, na obra “O Contrato e seus Princípios”, há quatro princípios fundamentais dos contratos: o princípio da autonomia da vontade (poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas condições), o da força obrigatória do contrato (sendo a vontade particular autônoma, ela estabelece lei entre as partes contratantes), o da relatividade (a eficácia do contrato é limitada às partes contratantes) e o da boa fé (necessidade de

¹⁶ VARELA, J.de M. A. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v.1. p.126.

¹⁷ DINIZ M. H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 1984, v.3, p.27 et seq.

compreender ou interpretar o contrato segundo os ditames da lealdade e da confiança entre os contratantes).¹⁸

Carlos Alberto BITTAR em seu livro “Direito dos Contratos e Atos Unilaterais” elenca os princípios da autonomia da vontade (princípio nuclear do universo contratual que consiste no poder de auto-regulamentação de interesses privados, diante dos pressupostos de liberdade e igualdade entre os titulares de direitos), do consensualismo (para a perfeição do contrato basta o acordo de vontades), da obrigatoriedade (imposição do adimplemento), da relatividade dos efeitos (o contrato apenas produz conseqüências no patrimônio das partes) e, por último, da boa fé (as partes devem pautar sua atuação em consonância com a lealdade e a confiança recíprocas que a vida de relações impõe).¹⁹ Tais princípios são exatamente os mesmos indicados por Maria Helena DINIZ, no entanto, BITTAR dá maior relevo ao princípio da boa fé. Para ele, já na obra “Contornos Atuais da Teoria dos Contratos”, esses princípios que dominam a contratação privada “encontram suas raízes, em última análise na moral²⁰, que muito de perto influencia o direito, a fim de que se preservem certos valores básicos, postos pela sociedade como fundamentais para sua existência e para seu desenvolvimento normal.”²¹

Em dois volumes do seu “Tratado de Direito Privado”, os volumes 23 e 38, o renomado jurista Pontes de MIRANDA trata do princípio da autonomia da vontade, denominação que considera incorreta, preferindo “auto-regramento da vontade”. O “princípio do auto-regramento da vontade” seria o “poder considerável para a constituição de negócios jurídicos” que o “direito privado permite aos homens e às pessoas jurídicas” (liberdade de conclusão e fixação do conteúdo do contrato). O “auto-regramento da vontade” não seria um “poder” ilimitado. Para ele, a liberdade de conclusão do negócio jurídico seria limitada primeiramente por “deveres morais” que

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, H. **O contrato e os seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. p.15 et seq.

¹⁹ BITTAR, C. A. **Direito dos contratos e atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.33-40.

²⁰ Sobre a influência da moral no direito v. RIPERT, G. A regra moral nas obrigações civis.

²¹ BITTAR, C. A. A contratação privada, a influência da moral e as técnicas de ajustes admitidas na atual teoria dos contratos. In: _____ (coord.). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.15.

se refletem na ordem jurídica e, posteriormente, por “interesses gerais” que imporiam a conclusão coativa do contrato. Já a liberdade de fixação do conteúdo do contrato seria limitada na tipificação legal referente ao conteúdo daquele tipo contratual ou na observância cogente de certas regras jurídicas ou na subordinação estrita aos bons costumes.²²

Washington de Barros MONTEIRO enumera, por sua vez, os princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade da convenção.²³

Não se pode esquecer de Orlando GOMES que relacionava quatro princípios: o da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória e o da boa fé, este último o qual entendia mais como voltado à interpretação do que com a estrutura do contrato em si.²⁴

Cáio Mário da Silva PEREIRA, por sua vez, discrimina por um lado os princípios da força obrigatória do contrato e do consensualismo e, por outro, o princípio da autonomia da vontade (liberdade contratual), limitado pela ordem pública (dirigismo contratual).²⁵

Antunes VARELA fala nos princípios da liberdade contratual e da força vinculativa do contrato. Irá apenas se referir à boa fé, um dos “princípios gerais de direito solidamente enraizados”, quando trata do cumprimento das obrigações em geral.²⁶

Para Francisco dos Santos AMARAL NETO a autonomia da vontade é o princípio fundamental da concepção clássica ou tradicional de contrato. Seriam, assim, conseqüências diretas da aceitação do princípio da autonomia da vontade em matéria contratual, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do

²² MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomos 23, p.05; e 38, p.38 et seq.

²³ MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v.3, p.14 et seq.

²⁴ GOMES, O. **Contratos**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.25 et seq.

²⁵ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições...**, p. 31 et seq.

²⁶ VARELA, J. de M. A. **Direito das...**, p.124 et seq.

efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações.²⁷

Percebe-se que todos os autores mencionados fazem referência ao princípio da liberdade contratual, seja isoladamente, seja integrado no princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada. Todos estão de acordo que a liberdade contratual é um princípio regra no direito contratual sendo este limitado pela noção de ordem pública.

Os tradicionais compêndios acadêmicos não incluíam a boa fé como um princípio fundamental do contrato, mas com o passar do tempo a noção foi ganhando importância não só como critério de interpretação, mas como parte da estrutura do contrato, ainda mais com o uso cada vez mais corrente dos contratos massificados. Para Maria Helena DINIZ a boa fé está intimamente ligada “não só à interpretação do contrato (...), mas ao interesse social de segurança nas relações jurídicas”.²⁸ Para o Carlos Alberto BITTAR, além de princípio contratual, a boa fé é “princípio cardeal do sistema jurídico romano-cristão”.²⁹ Antunes VARELA também dá merecido relevo a este princípio na esfera contratual, embora veja este mais como um princípio geral de direito do que um princípio fundamental dos contratos.

A análise do princípio da boa fé será deixada para o item referente ao princípio da boa fé objetiva quando for tratado dos princípios sociais dos contratos.

Tratar-se-á aqui, de maneira sucinta, de forma a concentrar a análise nos princípios sociais, dos três princípios contratuais clássicos que formaram o modelo de contrato liberal. O dogma da vontade, núcleo absoluto do sistema contratual da modernidade, além do princípio da liberdade contratual ou autonomia da vontade, é fonte dos princípios da força obrigatória dos contratos ou intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*) e da relatividade da força dos contratos. Esses princípios com estigma de dogmas constituem o tripé principiológico de sustentação do contrato moderno.

²⁷ AMARAL NETO, F. dos S. Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: Perspectivas Estrutural e Funcional. **Revista de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n.46, 1989, p.17.

²⁸ DINIZ, M. H. **Curso de...**, p.32.

²⁹ BITTAR, C. A. **Direito dos Contratos...**, p.33.

Entende-se, então, que princípio da autonomia privada é tradicionalmente invocado como fundamento tanto do princípio da liberdade contratual (neste poderia se encaixar o consensualismo como a liberdade quanto à forma que deve revestir os contratos) como dos princípios da força obrigatória dos contratos e do efeito relativo dos contratos. Veremos, então, estes três princípios ou subprincípios, mas cabe antes fazer algumas considerações a respeito do princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada como muitos preferem.

2.2. AUTONOMIA DA VONTADE

2.2.1. Origens do Princípio da Autonomia da Vontade

A concepção tradicional de contrato está intimamente ligada à idéia de autonomia da vontade. Daí podermos identificar as origens dessa concepção analisando a evolução desse dogma que se tornou um princípio basilar da ordem jurídica privada. Dele decorrerão, em nosso entendimento, os demais princípios que orientam a matéria contratual.

Para Cláudia Lima MARQUES, segundo a doutrina francesa, quatro seriam as principais origens do princípio (erigido à categoria de dogma) da autonomia da vontade: o direito canônico, a teoria do direito natural, as teorias de ordem política e a revolução francesa, e as teorias econômicas do século XVIII e o liberalismo.³⁰

Para Francisco dos Santos AMARAL NETO, a concepção teórica da autonomia privada seria produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no Direito romano, no Direito Canônico, no contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jus-naturalismo.³¹

³⁰ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-35.

³¹ AMARAL NETO, F. dos S. *Autonomia Privada...*, p. 13.

Entende-se aqui que a razão do contrato moderno é produto de todo um processo evolutivo de pensamento filosófico que envolve várias teorias e fatores históricos que a seguir mencionaremos.

O direito romano consagrou a *lex privata* como a primeira forma de expressão do *ius civile*. A *lex* era uma declaração solene com valor de norma jurídica baseada no acordo entre declarante e destinatário e tinha por base um negócio particular que se realizava quando alguém dispunha de uma coisa sua. Inclusive, foi depois da *lex privata* que surgiu a *lex publica* em que o povo aprovava determinada proposta do magistrado. Já consagrava, dessa forma, o Direito Romano, o poder jurígeno da vontade individual.

No entanto, os negócios jurídicos no direito romano estavam submetidos a um grande rigorismo formal. Entendiam os romanos que não era possível o contrato, o acordo de vontades, sem a existência do elemento material, uma exteriorização de forma (que podiam ser os dizeres de certas palavras sacramentais, ou a efetiva entrega do objeto, ou a inscrição material no livro do credor), fundamental para a gênese da própria obrigação, caso contrário esta seria nula. Somente mais tarde é que se permitiu aos contratos de venda, locação, mandato e sociedade, os que possuíam utilização mais freqüente na sociedade romana, que se realizassem *solo consensu*, isto é, pelo simples acordo de vontades³². Apesar disso, na maioria dos contratos prevalecia a materialidade da declaração sobre a vontade das partes.

Com o direito canônico é que efetivamente desenvolveu-se o princípio voluntarista, derrubando aquela formalidade que era imprescindível aos contratos romanos. A formalidade refletida nos contratos solenes era adversa ao meio de divulgação da fé, o homem tinha que acreditar na mera propagação da palavra falada. Tal idéia inclusive se refletiu no artigo 129 do nosso Código Civil de 1916, o princípio do *solo consensu*.³³ O Cristianismo, colocando o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, moral, filosófica e social, contribui decisivamente para a doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender a

³² PEREIRA, C. M. da S. *Instituições...*, p. 25.

³³ “Art. 129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art.82)”.

validade e força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana. O simples pacto faria nascer a obrigação jurídica, como fruto do ato do homem.

Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criaria uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo. A violação da palavra dada era considerada pecado. Assim, livre do formalismo excessivo do direito romano, o contrato se estabelece como um instrumento abstrato e como uma categoria jurídica.

Dos canonistas, cabe mencionar, advém também os germens da teoria dos vícios do consentimento, pois o simples acordo de vontades fazia surgir as obrigações, daí a importância de que o consentimento não estivesse viciado. Era preciso, enfim, que a palavra não tivesse sido dada por nada ou por uma causa ilícita ou imoral, donde a origem da teoria da causa, tão importante no regime dos contratos.

Com a escola do direito natural, a idéia da origem divina do direito substitui-se pela das liberdades naturais, que se consideram fundamento e fim do direito. Nela encontra-se a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas da concepção clássica: a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

Destacam-se as idéias de GROTIUS e KANT. Parte de GROTIUS (1583-1645), o primeiro grande expoente do jusnaturalismo, ainda sob a forte influência de fontes como a Bíblia, a idéia de que os homens nascem livres e iguais (ainda que abstratamente), passando de sujeitos destituídos de direitos subjetivos para livres e iguais.³⁴ A igualdade decorreria de uma concepção divina, mas logo se passa do divino para o humano com o jus-racionalismo.

Especialmente devido às idéias de KANT, a pessoa humana se tornou um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza. KANT chegaria até mesmo a afirmar que a autonomia da vontade seria “o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhe correspondem”. KANT sintetizou a tradição cristã de imanente valor da pessoa humana no que se denominou “personalismo ético”, retomado nos nossos dias por

³⁴ CAENEGEN, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 120 e 121.

LARENZ, porque fundado na autonomia moral da pessoa e na sua vontade ética. Essas idéias de KANT, principalmente com a obra de 1796 “Metafísica do direito”, influenciaram a doutrina alemã, para qual a vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito. A vontade individual seria inclusive a única fonte de justiça.

Os pandectistas, na Alemanha, do século XIX, ao sistematizarem a ciência do direito e os conceitos jurídicos, basearam-se na ética da liberdade e do dever de KANT. É no direito natural que se encontra a base do dogma da liberdade contratual, uma vez que a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem, liberdade esta que só poderia ser restringida pela vontade do próprio homem. O próprio KANT afirmaria que as pessoas só podem se submeter às leis que elas mesmas se dão, no caso, o contrato.

O individualismo e o subjetivismo acabaram se arraigando e gerando conquistas individuais até hoje preservadas³⁵, elencadas como os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade.

São necessárias algumas considerações a respeito da doutrina do individualismo. O individualismo pode ser considerado como antecedente imediato do princípio da autonomia da vontade.³⁶ O individualismo é a doutrina segundo a qual a pessoa humana, o indivíduo, é supervalorizado frente a sociedade, sendo a causa e fonte final de todo o Direito. Há uma diversidade de vertentes que tentaram visualizar essa doutrina enfocando um aspecto ou outro:

Filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência da atividade consciente e interessada dos indivíduos. (...) Politicamente, o individualismo opõe-se ao estatismo e a intervenção do Estado. Por outro lado, opõe-se também ao conformismo e ao tradicionalismo. Para ele a sociedade não é um fim em si mesmo, nem o instrumento de um fim superior aos indivíduos que a compõem. As instituições sociais devem ter por fim a felicidade e a perfeição dos indivíduos. (...) Sob o ponto de vista econômico, advoga que o indivíduo deve gozar o máximo de liberdade para atuar no campo econômico.

³⁵ Basta observar o artigo 5º *caput* de nossa Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

³⁶ AMARAL NETO, F. dos S. **Autonomia Privada...**, p.13.

Opõe-se, assim, ao dirigismo estatal, e nesse particular, confunde-se com o liberalismo. (...) Juridicamente, o individualismo apresenta-se como um sistema segundo o qual as normas jurídicas são obra dos indivíduos e não da sociedade, ou mais exatamente, um sistema jurídico que resulta da atividade individual.³⁷

Aqui interessa estabelecer que o individualismo se apresentou em três enfoques: um sistema que concebe que o indivíduo é a única fonte e causa final de toda atividade jurídica, e, portanto do Estado; um sistema em que o indivíduo seria fonte da maior parte das regras de direito, mas não necessariamente todas; e, por último, com maior aceitação, um sistema em que a legislação influenciada pelo individualismo político consagraria as instituições mais favoráveis ao indivíduo.

Em relação às teorias políticas advindas do contexto dos ideais da Revolução Francesa deve-se destacar a influência da famosa teoria do contrato social de Jean-Jacques ROUSSEAU. Esta teoria lança a idéia do contrato como base da sociedade, sociedade politicamente organizada, isto é, o Estado. Aqui vamos encontrar o dogma da vontade livre do homem, pois segundo essa teoria, a autoridade estatal tem o seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, isto é, os cidadãos. Suas vontades se unem em um contrato para formar a sociedade, o Estado como hoje conhecemos. Nas palavras de ROUSSEAU: “Já que nenhum homem possui uma autoridade natural sobre o seu semelhante, e uma vez que a força não produz nenhum direito, restam, portanto, os contratos (as convenções) como base de toda autoridade legítima no meio dos homens”.³⁸ O indivíduo deve renunciar a parte de sua liberdade individual através do contrato social, mas a própria renúncia é expressão do valor da vontade. O contrato é, assim, não só a fonte das obrigações entre os indivíduos, ele é a base de toda a autoridade. Mesmo o Estado retira a sua autoridade de um contrato, logo a própria lei estatal encontra aí a sua base. O direito vale porque deriva de um contrato. O contrato por sua vez revela possuir uma legitimidade essencial e autônoma em relação às normas: a vontade dos cidadãos.

As teorias econômicas do século XVIII também tiveram influência marcante para a concepção tradicional de contrato. Em resposta ao corporativismo e as

³⁷ Id.

³⁸ CAENEKEN, R. C. van. *Uma introdução...*, p. 125.

limitações impostas pela Igreja Católica, propõem a liberdade como um valor fundamental. É necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade. Por influência do jusnaturalismo, coloca-se que o desenvolvimento econômico se processaria a partir da iniciativa individual de múltiplos agentes isolados que convergiriam no mercado um resultado de necessário de equilíbrio, que seria então espontâneo.

A partir dos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade e na crença de uma ordem natural do desenvolvimento econômico é que se verificarão os objetivos da classe burguesa. Esta com o reconhecimento de seu poderio econômico em uma sociedade essencialmente rural, através da tomada do poder, afirma a propriedade com um direito essencial do indivíduo, de caráter absoluto e exclusivo que o Estado não deve violar. Será o contrato o instrumento jurídico por excelência para dar dinamicidade ao direito de propriedade privada.

Uma vez que o contrato é o instrumento colocado à disposição pelo direito para que a movimentação de riquezas aconteça, defendiam a necessidade da liberdade contratual. Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e equitativo pela sua própria natureza. O contrato possuiria uma dupla função econômica: “instrumentalizar a livre circulação das riquezas na sociedade e ao mesmo tempo indicar o valor de mercado de cada objeto cedido (sua nova ‘utilidade’).”³⁹ Evolui-se, assim, para considerar o contrato menos um instrumento de troca de objetos, mas sim uma troca de valores.

Essa concepção clássica do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, exigia, para seu implemento, um Estado ausente, ou seja, apenas garantidor das regras do jogo, que seriam estipuladas pelos contratantes na livre manifestação de vontade (*pacta sunt servanda*) em sua mais pura idealização. É dessa forma que na economia estabelece-se como princípio fundamental a separação do Estado da economia (a sociedade civil). Ao Estado deveria ser dada apenas a função de simples garante do funcionamento do sistema e não deveria intervir na

³⁹ MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p.35.

economia, já que com base no princípio da autonomia da vontade, o negócio jurídico seria o instrumento de auto-regulamentação dos interesses privados.

Na perspectiva ideológica dos juristas liberais, o individualismo surge como a realização dos princípios da liberdade e da igualdade; para isso, a categoria fundamental do “*direito subjectivo*” [grifo do autor], atribuída a todo indivíduo, permite no plano formal que qualquer sujeito sem discriminação possa ter acesso à propriedade dos bens, acesso que, até a ruptura dos vínculos feudais, ficava reservado apenas a certos *status* sociais (o clero e a nobreza).(...) É na base do “direito subjectivo”, conferido a todo o indivíduo (personalidade jurídica) que assenta a sua libertação dos privilégios feudais, e que o direito de propriedade privada se torna eixo de todo o edifício jurídico codificado. Esta ideologia que assinala a passagem do feudalismo ao capitalismo vem a tornar-se ilusória com as profundas transformações econômicas entretanto verificadas.⁴⁰

Em relação à ciência jurídica estabeleceu-se um ordenamento normativo completo e fechado. Os conceitos, uma vez fixados, se elevavam a dogmas absolutos que não levavam em conta as transformações sociais. Tinha-se também a pretensão de auto-suficiência do sistema transpondo e fixando a realidade em tipos a que se atribuíam efeitos jurídicos, isto é, os tipos de conduta de caráter intertemporal deveriam ter uma relação de coincidência com o caso concreto a ser tutelado. Nesse sistema normativo o magistrado seria um mero executor formal, sem que pudesse integrar a norma a princípios gerais.

O direito das obrigações acabou surgindo, nesse sentido, como uma matéria de cunho abstrato, destituído de compromisso com o tempo de sua aplicação. A abstratividade a tornou descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso seria com suas próprias categorias conceituais.

A formação do contrato moderno vai refletir-se nessas categorias abstratamente construídas, consolidadas no modelo codificador do Código Civil francês de 1804, denominado Código de Napoleão, cuja estrutura filosófica está assentada em um processo evolutivo de pensamento filosófico, que passou dos canonistas aos jus-naturalistas. O Código de 1804, uma das maiores realizações da Revolução Francesa, conjugou as influências individualistas e voluntaristas da época com as idéias do direito natural. Esta codificação que influenciou grande parte dos ordenamentos

⁴⁰ FIGUEIRA, E. **Renovação do Sistema de Direito Privado**. Lisboa: Caminho, 1989, p. 20 e 21.

jurídicos, como o alemão (B.G.B.) e o italiano (Código Civil italiano de 1865), inclusive o nosso (Código Civil de 1916), colocava como valor supremo a autonomia da vontade positivada em seu artigo 1.134.

Será, então, no século XIX, auge do liberalismo, do chamado Estado Moderno, que coube a teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade. Na Alemanha e Itália, com o grande desenvolvimento da doutrina, o princípio da autonomia da vontade passou a ser considerado para, alguns juristas, um verdadeiro poder jurídico dos particulares, denominando-se autonomia privada, isto é, poder de estabelecer normas jurídicas individuais para regulamentar sua própria atividade jurídica, manifestada a vontade por meio da figura do negócio jurídico.

2.2.2. Conceito e Terminologia: Autonomia da Vontade ou Autonomia Privada

A autonomia privada constitui o princípio fundamental da ordem jurídica. O modelo contratual clássico de oferta e aceitação, ou acordo de vontades, parte da autonomia privada (a clássica autonomia da vontade) que é a projeção jurídica do princípio econômico da livre iniciativa (positivado no art. 170 de nossa Constituição⁴¹). Essa estrutura do contrato encontrou seu ambiente propício, conforme já visto, no liberalismo individualista reinante do séc. XIX, até o advento do Estado social intervencionista.

Na concepção voluntarista tradicional definia-se autonomia da vontade como o poder das partes em determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas. Henri de PAGE traduzia essa concepção voluntarista:

Por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regular em elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes (*engagements*), de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem

⁴¹ Segundo tal artigo: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

conveniente e que lhes é permitido escolherem com toda a liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados.⁴²

Deve-se compreender por autonomia da vontade o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas condições. Está estreitamente ligada a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas.⁴³

O “princípio da autonomia privada” é a expressão que tende a substituir aquela de “princípio da autonomia da vontade”, cunhada por Gounot em 1912 para caracterizar a concepção individualista e liberal que a seu tempo imperava, conforme visto.

LARENZ conceitua a autonomia privada como a “possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares de regularem as suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”.⁴⁴ Escreve ele que o homem que vive em freqüente comunicação com os outros precisa da autonomia privada “para poder decidir livremente os assuntos que o afetam diretamente, para poder conformá-los, sob sua própria responsabilidade”, “pois somente quando está em condições para tal, pode promover-se e afirmar-se como pessoa”. Sem a autonomia privada seria impensável uma sociedade de economia capitalista, em que a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços estão em princípio reservados à iniciativa privada.

Em relação, especificadamente, à terminologia, muitos condenam o termo autonomia da vontade pela referência que faz à vontade, sendo melhor dizer autonomia privada. A opção por uma terminologia ou outra reflete de certa maneira o fato se adotar a teoria da declaração (autonomia privada) ou a teoria da vontade (autonomia da vontade).

⁴² H. de PAGE citado por NORONHA, F. **O direito dos...**, p.114.

⁴³ V. AMARAL NETO, F. dos S. **Autonomia privada...** à respeito do papel da vontade na “nomogênese” jurídica.

⁴⁴ LARENZ, K. **Derecho Civil: Parte General**. Madri: [s.n.], 1978, p.55.

Para Francisco dos Santos AMARAL NETO a autonomia da vontade é princípio de Direito Privado pelo qual “o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos (...) e quando nos referimos especificamente ao **poder** [grifo nosso] que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada”. Diz ainda: “autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do Direito, psicológica; autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas”.⁴⁵

Luigi FERRI, vislumbrando a diferença de significado entre as duas expressões, coloca que ao se substituir autonomia da vontade por autonomia privada nega-se à vontade real ou subjetiva a função de gerar efeitos jurídicos ou de “elemento nuclear de suporte fático suficiente para a incidência da norma jurídica”.⁴⁶

Pontes de MIRANDA nega valor aos termos autonomia da vontade e autonomia privada para falar em “auto-regramento da vontade”, que é o que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum* que a vincule. Para ele a denominação autonomia privada “elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade, em direito público”.⁴⁷ A “autonomia” evocaria significação normativa e não poderiam os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado.

Para Fernando NORONHA o termo “autonomia da vontade” provém de uma concepção radicalmente voluntarista que está em crise. Para ele, a vontade das partes, seja a real, da teoria da vontade, seja a exteriorizada, da teoria da declaração, apenas pode dar vida ao negócio, mas não justifica os termos da sua tutela jurídica. “Ora, foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência à mais antiga *autonomia da vontade*” [grifo do autor].⁴⁸

⁴⁵ AMARAL NETO, F. dos S. op. cit., p. 10.

⁴⁶ FERRI, L. *L'Autonomia Privata*. Milano: Giuffrè, 1959. p.25.

⁴⁷ MIRANDA, P. de. *Tratado de...*, v.3, p. 56.

⁴⁸ NORONHA, F. *O direito dos...*, p.115.

Paulo Luiz Neto LÔBO percebe nessa preocupação com a própria terminologia a necessidade da Doutrina em adaptar um conceito, “produzido no ambiente ideológico do liberalismo, a outras circunstâncias sociais, diante do declínio do *dogma da vontade*” [grifo do autor].⁴⁹

Feitas as necessárias considerações, vejamos, então, os três princípios ou subprincípios decorrentes da autonomia privada.

2.2.3. Princípio da Liberdade Contratual

Sendo o objetivo desse trabalho acadêmico enfatizar os princípios sociais dos contratos, que são tradicionalmente ofuscados pelo princípio da autonomia privada e seus subprincípios, o que importa neste ponto é apenas fixar suas características mais marcantes.

Da autonomia privada decorreria para muitos, em relação ao direito contratual, então, o princípio da liberdade contratual erigido como seu corolário. No entanto, não cabe aqui teorizar se esta teria origem ou não naquela. O que importa salientar é que estes dogmas se encontram intrinsecamente ligados, pois é a vontade, que na visão tradicional legitima o contrato e é fonte de obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora.

A doutrina trata, freqüentemente, de uma subdistinção da liberdade contratual entre liberdade contratual (em sentido estrito) e liberdade de contratar. Nas palavras de Álvaro Villaça AZEVEDO, a liberdade de contratar é a liberdade concedida a todos para “realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos”, isto é, a faculdade de realizar ou não determinado contrato. Já a liberdade contratual seria a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, “a discussão das cláusulas e condições contratuais”, em que “na prática há o prevalecimento da vontade do economicamente mais forte”. Ainda, “se é verdade que todos devem ser livres para contratar, realizar o contrato em si, o mesmo não ocorre com a liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de

⁴⁹ LÔBO, P. L. N. **O Contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, p.30.

seus interesses pelas partes. Essas devem, sem restrições, regular seus interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos”.⁵⁰ A liberdade contratual tem sofrido amplas restrições, conforme veremos adiante.

A liberdade de contratar se manifestaria, segundo a doutrina tradicional, sobre tríplice aspecto: a faculdade de contratar ou não contratar; liberdade de escolha da pessoa com quem se quer contratar; liberdade de fixar o conteúdo do contrato⁵¹.

Nesse ponto, poderíamos incluir o consensualismo como um princípio contratual clássico ao passo que está intrinsecamente ligado a liberdade contratual, pois é a liberdade quanto a forma que deve revestir os contratos. Essa liberdade de forma contratual significa dizer que em regra basta apenas o acordo entre as partes para que estas fiquem vinculadas.

O princípio do consensualismo, como é sabido, opõe-se ao formalismo que era característico do direito romano. Hoje, a validade dos contratos não depende de formalidades especiais, salvo quando expressamente determinado, bastando observar o art. 107 do atual Código Civil (correspondente ao art. 129 do Código de 1916)⁵². Fala-se, atualmente, no entanto, em um verdadeiro “renascimento” do formalismo, “às vezes devido a imposições legais (e geralmente ligadas à necessidade de proteção das partes mais fracas, em contratos de adesão, ou a necessidade da chamada ‘ordem pública econômica’), mas sobretudo imposto no tráfico jurídico por exigências ligadas à segurança das transações e à padronização dos contratos”.⁵³

Haverá a supremacia habitual da vontade dos contratantes no governo da relação jurídica contratual, sendo as normas da lei civil em matéria contratual de caráter supletivo ou dispositivo (princípio da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas de direito das obrigações).

Duas limitações, no entanto, sempre foram impostas ao princípio da liberdade contratual (no sentido *latu*), que são as regras gerais de “ordem pública” e os “bons costumes”. Sendo, assim, ensina Humberto THEODORO JÚNIOR:

⁵⁰ AZEVEDO, A. V. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p.22 e 23.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato...*, p.16.

⁵² v. nota 33.

⁵³ NORONHA, F. *O direito dos...*, p.118.

A vontade pode amplamente determinar o aparecimento do contrato e definir o seu conteúdo, mas não pode fazê-lo contrariando aquilo que o legislador definir “ordem pública”, por reconhecer, nas circunstâncias, a ocorrência de interesse público em nível superior ao interesse privado dos contratantes (...) Através dessas normas de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas dispositivas para conduzi-lo ao comando daquilo que a doutrina moderna denomina “dirigismo contratual”, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las.⁵⁴

Quanto aos bons costumes já nos remeteremos às lições de Caio Mário Silva PEREIRA: “bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social (...) Atentam contra *bonos moris*, aqueles atos que ofendem a opinião corrente no que se refere à moral sexual, ao respeito à pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair matrimônio”⁵⁵. A contrariedade a esses ditames conduz o indivíduo à ilicitude, fazendo com que o ato contratual se contamine de ineficácia ou nulidade.

O princípio da autonomia privada passou a ser questionado intensamente com reflexos constantes sobre o Direito positivo, de maneira a dar ao dirigismo contratual quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regular as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais.

2.2.4. Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra clássica do *pacta sunt servanda*. Decorrente, segundo a doutrina tradicional, da autonomia da vontade significa que, sendo a vontade particular autônoma, ela estabelece lei entre as partes contratantes, como coloca o art. 1.134 do Código Civil francês⁵⁶, vinculando-se ao cumprimento das obrigações estabelecidas por essa vontade.

Está aí a idéia da superioridade da vontade sobre a lei. Esta, oriunda do Estado, vai buscar o seu poder vinculante na idéia de um contrato entre todos os indivíduos da

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, H. op. cit. , p.17.

⁵⁵ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições...* , p.17.

⁵⁶ “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”(as convenções legalmente formadas têm força de lei àqueles que as fizeram, na tradução livre)

sociedade.⁵⁷ O contrato, criado por um acordo de vontades, só poderá ser extinto por este mesmo acordo ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito, ficando imune de modificações, seja pela vontade unilateral de qualquer dos contratantes, seja do juiz e até mesmo do legislador. “Ao juiz não cabe modificar ou adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato.”⁵⁸

Essa força de lei dada ao contrato e sua inatingibilidade produz certas conseqüências que devem ser analisadas.⁵⁹

Nenhuma consideração de equidade autorizaria o juiz a modificar o conteúdo do contrato, a não ser nas hipóteses em que a lei estabelece o procedimento especial de revisão judicial. O juiz, ocorrendo alguma causa legal de nulidade ou revogação, possuiria apenas o poder de pronunciar essas situações, não podendo substituir as partes para alterar cláusulas do contrato, nem refazê-lo, nem readaptá-lo.

Se caso um dos contratantes sofrer prejuízos em virtude do contrato não poderá mesmo assim fugir de sua força obrigatória. As flutuações de mercado e as falhas de cálculo são riscos normais na atividade econômica, que as partes assumem ao contratar.

Se a vontade expressa não se chocasse com a ordem pública e os bons costumes, estabelecia verdadeira lei entre as partes. A regra particular assim criada não poderia ser violada, nem mesmo pelo magistrado no julgamento da causa, ou seja, ressalvadas exceções decorrentes de situações absolutamente imprevisíveis (teoria da imprevisão) ou de onerosidade excessiva, devidamente comprovada (lesão), não seria possível ao Estado ingressar e modificar a vontade das partes.

Protege esse princípio muito mais a segurança jurídica do que a equidade material.

No entendimento de Fernando NORONHA o “fundamento de vinculatividade” do contrato estaria mais ligado ao princípio da boa fé do que ao da autonomia privada. Nas palavras dele:

⁵⁷ Lembrar teoria do contrato social de ROSSEAU.

⁵⁸ MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p.38.

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, H. loc. cit., p. 26-27.

Se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, como se enfatiza tradicionalmente, invocando a autonomia privada, a verdade é que mais importante que tal dever ético é a necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos. Por isso, o valor primacial a considerar ainda é, como vimos, o da *segurança jurídica*, que é tutelado em nome da *confiança do declaratório* ou, dizendo de outro modo, da sua *boa fé*. (...) Mais do que o respeito pela *palavra* dada, aqui o que está em causa é o respeito pela *fé* de quem confiou [grifo do autor].⁶⁰

Modernamente, tem-se tentado reimplantar no direito das obrigações a velha cláusula medieval *rebus sic standibus*. Conforme Humberto THEODORO JÚNIOR, esta é uma cláusula segundo a qual, em todo contrato comutativo de longo prazo, a execução deve ser feita sob o pressuposto de terem as condições externas permanecido imutáveis e se estas sofrerem alterações, aquela deve ser modificada.⁶¹ Abriria-se espaço aí para a aplicação da chamada teoria da imprevisão.

Humberto THEODORO JÚNIOR defende uma aplicação moderada da cláusula *rebus sic standibus* e da teoria da imprevisão que deveriam ser utilizadas apenas em casos extraordinários ou “conjunturas anormais”. A aplicação pura e simples em qualquer mudança das circunstâncias do mercado, para ele, seriam intoleráveis em face do princípio da força obrigatória dos contratos e da segurança jurídica da atividade econômica moderna.

No entanto, especialmente após as experiências das duas grandes guerras em nosso século, percebeu-se que manter rigidamente os contratos comutativos de trato sucessivo sem qualquer revisão em face de certas mudanças imprevisíveis da economia levaria a situações de enorme e injusto enriquecimento de um dos contratantes à custa da ruína do outro.

A maior parte da Doutrina brasileira e da Jurisprudência, condicionam a aplicação da teoria da imprevisão submetida a quatro requisitos básicos: a vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; alteração radical das condições econômicas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo na

⁶⁰ NORONHA, F. *O direito...*, p. 94.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, H. loc. cit., p.28.

época de celebração; onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; e, a imprevisibilidade daquela modificação.⁶²

Em todo o caso, Humberto THEODORO JÚNIOR, avisa: “é preciso ter bem seguro que a teoria da imprevisão não aboliu o princípio da força obrigatória do contrato nem tornou passível de alteração o negócio jurídico simplesmente porque a conjuntura econômica tornou mais ou menos onerosa sua execução⁶³, dentro da área natural do mundo dos negócios”.⁶⁴ Sendo assim, apenas com a superveniência de eventos imprevisíveis e excessivamente onerosos é que se poderia rever o contrato, ajustando a declaração de vontade, o que não significa substituir arbitrariamente a vontade das partes pela vontade judicial.

2.2.5. Princípio da Relatividade dos Contratos

O contrato assume força de lei, mas sua eficácia é, ordinariamente, limitada às partes contratantes. Se as partes são livres para contratar, em princípio a vinculação que criarem só a elas atingirá.

Para Humberto THEODORO JÚNIOR, apesar dos “efeitos externos” do contrato não poderem ser ignorados por toda comunidade, as conseqüências “internas”, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes a eles se resumem.⁶⁵

No entanto, esse princípio também sofre restrições. Há certos casos em que pessoas que não participaram da feitura do contrato não poderão se furtar de seu cumprimento. É o caso dos sucessores, que não sendo juridicamente terceiros, mesmo não tendo aderido ao contrato em sua origem devem ser considerados como parte do contrato, pois sua posição jurídica atual deriva da do contratante a que sucede e com ela se confunde. Além dos sucessores há os terceiros beneficiários que em alguns tipos especiais de contratos são contemplados não com obrigações, mas com benefícios ou

⁶² PEREIRA, C. M. da S. *Instituições...*, p. 111.

⁶³ O próprio Supremo Tribunal Federal em várias oportunidades proclamou que o fenômeno inflacionário não constituiria um fator novo e imprevisível em um país com uma inflação “velha e crônica”.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato...*, p.33.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, H. loc. cit., p.35.

créditos, que criados pelo ajuste dos contratantes, poderão ser executados como se verdadeiro credor fosse. Há, ainda, contratos, que por força de lei, em algumas situações, geram efeitos perante terceiros que venham negociar o bem vinculado à obrigação.

Veda-se, em respeito a princípios éticos, que haja conluio entre o contratante e terceiro quando realizarem negócio com a intenção de frustrar o direito de outro contratante. Esse terceiro realiza um ato ilícito doloso e, portanto deverá ser responsável solidário pelos danos correspondentes ao inadimplemento do contratante faltoso.

3 A NOVA REALIDADE CONTRATUAL

3.1. OS CONTRATOS NA SOCIEDADE DE MASSA

O Código Civil francês de 1804, que conjugou e recepcionou as mais importantes influências para formação do modelo clássico de contrato, serviu, já estável o poder econômico e político burguês, novamente à classe dominante que foi consagrada pela revolução industrial como instrumento de exploração da liberdade do homem. Passou-se de um momento de consolidação do direito à liberdade contratual para o momento de sua exploração, necessidade que era preeminente após a revolução industrial, pois sendo preciso escoar a produção, mostrou-se perfeito o quadro de igualdade formal entre fornecedores e consumidores, tendo em vista a liberdade outorgada a este último para poder consumir.

“A liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais como ela própria”.⁶⁶ É dessa forma que ainda antes da I Grande Guerra Mundial, já havia quem estivesse repensando e fazendo críticas à ideologia liberal dominante, como já foi referido, da separação do Estado e da sociedade, do princípio da autonomia da vontade, do princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e da concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem a preocupação de saber se a todos eram proporcionadas as condições concretas necessárias para exercitarem tal liberdade).

Apesar disso, os juristas ainda por muito tempo continuaram apegados ao princípio da autonomia da vontade e sustentando a vinculatividade do contrato (“o contrato celebrado é lei entre as partes”). Este só poderia ser objeto de um “exame externo” (da capacidade dos contratantes, formalismo, ilicitude, etc), mas nunca questionado, nem mesmo pelos juízes, em seu conteúdo, obrigações e direitos atribuídos a cada uma das partes.⁶⁷

⁶⁶ NORONHA, F. *O direito dos...*, p.66.

⁶⁷ *Ibid.*, p.69.

Será o fenômeno da massificação, que chegando ao campo jurídico, que evidenciará a necessidade de rever certas concepções dominantes na matéria contratual, pois, até então, o modelo tradicional de contrato de cunho individualista atendia satisfatoriamente as necessidades sociais.

Da mesma forma que o individualismo liberal havia tido por causa fundamental (mas não única) as profundas transformações sócio-econômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, ou mercantilismo, agora, a partir do século XIX, são as transformações associadas à Revolução Industrial, merecem destaque aqui, pelas suas repercussões jurídicas, os fenômenos, aliás, interligados, da urbanização e da concentração capitalista: a urbanização é consequência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico (de base industrial) propicia; a progressiva concentração capitalista é essencialmente consequência da concorrência econômica e da luta por esta engendrada, pela competitividade, pela racionalização, por melhores condições de produção e distribuição. A grande resultante de tais fenômenos foi a massificação da sociedade.⁶⁸

Tal massificação da sociedade não deixou de atingir os contratos. A massificação do contrato apenas começou a ser detectada na virada do século e só assumiu características de situação dominante na era pós II Guerra Mundial. Ela é consequência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu, por razões de economicidade, a necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, com a simplificação de suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes. Apresentou-se uma crescente despersonalização das relações contratuais em função dessa preponderante massificação voltada ao escoamento em larga escala do que se produzia nas recém criadas indústrias.

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual se daria entre dois sujeitos em posição de igualdade, ainda que formal, perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje a Doutrina denomina contrato individual⁶⁹. Essa modalidade de contrato,

⁶⁸ NORONHA, F. loc. cit., 70.

⁶⁹ Também denominado contrato bilateral, pois se baseia na plena e irrestrita liberdade contratual. A doutrinadora Cláudia Lima MARQUES prefere a denominação “contrato paritário” na obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, p.39.

discutido individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com tempo até mesmo para tratativas preliminares, é hoje pouco utilizada, predominando os chamados contratos de massa. “É certo que mesmo nos contratos do século XIX⁷⁰ a ‘igualdade’ das partes não impedia que a mais forte determinasse o conteúdo do contrato, mas ainda havia negociação, o mais fraco podia fazer ouvir a sua voz, e até ser atendido, aqui ou ali, nas suas pretensões. Foi apenas após a massificação do contrato que a posição do mais fraco ficou visivelmente a descoberto”.⁷¹

Na sociedade de consumo atual, com seu sistema de produção e distribuição em grande quantidade de bens ou serviços, o comércio se despersonalizou e os métodos de contratação em massa predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas, ou até mesmo o Estado, e consumidores. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo destinados a uma série indefinida de contratantes. Por uma questão de economia, racionalização, praticidade e mesmo segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda série de futuras relações contratuais.

De importância a consideração de Cláudia Lima MARQUES a respeito desse verdadeiro “poder” de predisposição do texto contratual: “poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex* privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo outro contratante.”⁷²

O repensar do modelo contratual surge em razão do desajuste entre o modelo contratual tradicional, “paritário”, e as relações de massa. Os juristas em face da forma padronizada de contratação em um primeiro momento tenderam a admitir que se tratava de algo excepcional, anômalo incompatível com o contrato, pois este, no modelo tradicional era um acordo de vontades e não parecia haver esse acordo nas

⁷⁰ As primeiras manifestações da contratação em massa se deram no âmbito dos contratos de transporte ferroviário e de seguros ainda no século XIX.

⁷¹ NORONHA F. *O direito...*, p.73.

⁷² MARQUES, C.L. *Contratos no...*, p.41.

novas formas contratuais. Foi nesse primeiro momento que Raymond Saleilles, percebendo o fenômeno da nova contratação, criou a expressão “contrato de adesão” que acabou sendo consagrada na literatura jurídica. Em um segundo momento, tenderam a aceitar a “anomalia”, mas lamentando que ela seria mais um dado indicativo de uma chamada “crise” ou “declínio” do contrato. E, por fim, só em um terceiro momento passaram a admitir que se tratava de figura tipicamente contratual, mas implicando uma reconsideração do contrato.

Perde o contrato, cada vez mais, a liberdade contratual, em seus três sentidos (a faculdade de contratar ou não contratar, liberdade de escolha da pessoa com quem se quer contratar, liberdade de fixar o conteúdo do contrato), que não deu mais conta de explicar a falta de liberdade daquele que contrata por adesão.

O contrato paritário, individual ou bilateral, baseado na irrestrita liberdade contratual, nem de longe se assemelha às modalidades contemporâneas de contratação. Orlando GOMES destaca algumas modalidades⁷³. O “contrato coativo” ou obrigatório é aquele em que a ordem jurídica impõe a contratação em razão de um contrato preexistente ou de uma situação jurídica de propriedade (por exemplo, o seguro obrigatório e a locação prorrogada por determinação legal). O “contrato necessário” resulta da relação permanente de oferta de determinados sujeitos de direito, que não podem se recusar a contratar, facelendo-lhes não só a liberdade de escolher a contraparte, mas também a liberdade de afastar as regras constantes de regulamento, ditado pelo poder público, a que devem obediência (como exemplo, os contratos com os concessionários de serviços públicos, de abastecimento de gêneros de primeira necessidade, os contratos creditícios de um modo geral, de transporte coletivo e etc). O “contrato-tipo” é aquela modalidade decorrente da contratação freqüente entre certas categorias de contratantes, que se propõem, em função de uma padronização de relações, presentes e futuras, como a rapidez e a segurança, para evitar concorrência desleal, imprimir uniformidade aos futuros contratos e etc. O contrato de adesão⁷⁴,

⁷³ GOMES, O. *Contratos*. p.109 et seq.

⁷⁴ O art.54 do Código de Defesa do Consumidor traz uma definição do que seria esse contrato nas relações de consumo: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela

modalidade emblemática que aprofundaremos mais adiante, é aquele em que o conteúdo é predisposto e predeterminado por uma das partes, diferindo do “contrato-tipo” porque este pode ser resultado de elaboração da qual participam, em igualdade, de condições, os interessados.

Esses fenômenos de contratação em massa tornaram-se inerentes à sociedade industrializada moderna. As técnicas de contratação em massa são utilizadas inclusive por empresas públicas e concessionárias de serviços públicos. Estas técnicas de contratação em massa, hoje, “dominam quase todos os setores da vida privada, onde há superioridade ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados”.⁷⁵

Não se pode esquecer que nas relações em massa nem sempre os contratos são feitos por escrito, pois ao lado dos contratos de adesão, expressos em formulários, existem os contratos orais, a aceitação através das chamadas “condutas sociais típicas”, os simples recibos, os *tickets* de caixas automáticas.

Para descrever essa realidade da predisposição unilateral e uniforme das cláusulas contratuais por um dos contratantes, prefere a doutrina alemã a expressão “condições gerais dos contratos”, já os portugueses denominam de “cláusulas gerais contratuais” e a doutrina francesa utiliza a expressão “contrato de adesão”.⁷⁶ A expressão “condições gerais” enfatizaria mais a fase pré-contratual, onde são elaboradas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, enquanto a expressão da doutrina francesa, “contratos de adesão”, destaca já o momento de celebração do contrato, dando ênfase à vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade manifestada do outro contratante.

No entanto, as duas expressões utilizadas pelas doutrinas não seriam sinônimas, conclusão a que se poderia chegar numa análise superficial. Conforme conceitua Cláudia Lima MARQUES, entende-se restritivamente por contratos de adesão⁷⁷

autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo”.

⁷⁵ MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p.41.

⁷⁶ *Ibid.*, p.42.

⁷⁷ Após aquela grande discussão doutrinária, é unânime a aceitação do caráter contratual dos contratos de adesão. “Trata-se de um acordo de vontades representado pela adesão, não sendo

aqueles contratos oferecidos ao público, isto é, um número indeterminado de pessoas, escritos, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviço, objeto do contrato.⁷⁸ Para o contratante mais fraco, ou consumidor nas relações de consumo, não é aberta a possibilidade de discussão efetiva, debate prévio em fase pré-negocial, nem a negociação singular dos termos e condições mais importantes do contrato. Limita-se a aceitar em bloco, sem muitas vezes ler completamente, as cláusulas, que foram unilateralmente e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo o papel de um simples aderente a vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado. O consentimento nessa modalidade de contrato se dá com a simples adesão ao conteúdo pré-estabelecido, o que dará nascimento efetivo ao contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes. “Realmente, no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo”.⁷⁹

Os contratos submetidos a condições gerais⁸⁰ seriam aqueles, escritos ou não, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.

As condições gerais consistem em uma lista de cláusulas contratuais elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contratantes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Podem, muitas vezes, constituir um

essencial ao contrato que seu conteúdo seja discutido cláusula a cláusula em uma fase preliminar, assim também a igualdade de forças dos contratantes não é essencial. Mesmo existindo, na prática, um desigual poder de barganha (*unequal bargaining power*), não se deve negar o caráter contratual do contrato de adesão (ou por adesão), pois a manutenção do vínculo, na maioria das vezes, beneficia o contratante mais fraco, deve-se sim criar normas e uma disciplina específica adaptada às suas características especiais e que permita um controle efetivo da equidade contratual.” (Ibid., p.46)

⁷⁸ MARQUES, C. L. loc. cit., p. 42.

⁷⁹ Ibid., p.46.

⁸⁰ Pode-se dizer que os contratos submetidos às condições gerais possuem uma maior rigidez em relação aos contratos de adesão, segundo a doutrina portuguesa. Não haveria a possibilidade de alterações nas condições gerais a pedido do consumidor ou da inclusão de cláusulas discutidas individualmente, mas a inclusão destas cláusulas individuais é possível nos contratos de adesão. Observar o art.54, §1º, Código de Defesa do Consumidor: “A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

“anexo” do contrato, um cartaz afixado no estabelecimento, por exemplo, ou, ao contrário, podem estar inseridas no texto do instrumento contratual, não importando a sua extensão, o modo como são escritas, a sua autoria ou a forma ou tipo de contrato.

Tais cláusulas estão inseridas em inúmeras situações cotidianas como condutas sociais típicas, em que mesmo sem perceber, vão indicar o fechamento de um contrato e a aceitação de determinadas cláusulas contratuais, até mesmo porque nem sempre terão a forma escrita. “Para o cidadão comum, as condições gerais são onipresentes. Cada vez que viaja em ônibus, trem, avião ou navio, deposita uma bagagem, estaciona um carro, vai à lavanderia ou tinturaria, faz uma operação bancária, adquire a prazo bens de consumo ou imóveis, está diante de condições predispostas em recibos, propostas, *tickets*, contratos, sem tempo nem habilitação técnica para lê-las ou entendê-las.”⁸¹

Cabe lembrar que as condições gerais só ganham força obrigatória em relação aos sujeitos envolvidos se estiverem inseridas em um contrato, constituindo uma técnica de pré-elaboração do conteúdo futuros contratos. Muitas vezes, essas cláusulas ou condições gerais, não terão a forma escrita; daí a cautela e a importância de seu estudo como fenômeno da sociedade de massa.

O que se poderia dizer é que a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão com formulários impressos, contratos modelo e contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em anexo.

Cláudia Lima MARQUES faz menção a outro fenômeno de contratação em massa, os chamados “contratos cativos de longa duração”. Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através dos contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas,

⁸¹ LÔBO, P. L. N. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.15.

múltiplas e de longa duração, caracterizadas pela “catividade” ou “dependência” entre fornecedores e consumidores.

Para Cláudia Lima MARQUES “a catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de ‘marketing’, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro.”⁸² Os exemplos mais relevantes destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro saúde e assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de cartão de crédito, os seguros em geral.

Há outras denominações como contratos múltiplos, serviços contínuos, relações contratuais triangulares, contratos de serviços complexos de longa duração. Alguns até chegaram a denominá-los de “contratos pós-modernos”.⁸³

São relações envolvendo afazeres, normalmente serviços privados ou mesmo públicos, serviços prestados de forma contínua, cativa, massificada, serviços autorizados pelo Estado ou privatizados (...); tratam-se de serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo.⁸⁴

O objeto principal, em muitas vezes, de um contrato desse tipo é um evento futuro, certo ou incerto, isto é, a transferência contratual onerosa de riscos referentes a uma futura necessidade. Observa-se bem isso nos contratos de seguro. A relação contratual move-se em busca de uma segurança, da futura prestação, reduzindo o consumidor àquela posição de “catividade”. Por ser, dessa forma, de longa duração, as obrigações resultantes dessas relações contratuais renovam-se, manifestam-se de forma reiterada até o término do vínculo contratual e a realização total de seu objetivo.

⁸² MARQUES, C. L., *Contratos no...*, p.57.

⁸³ Cláudia Lima MARQUES critica essa expressão, pois tal técnica contratual não constitui uma nova modalidade de contrato. A maioria dos contratos de serviços que apresentam tal técnica são conhecidos até mesmo antes da revolução industrial e conseqüentemente do período que passou a se chamar de pós-moderno. No entanto, a sociedade atual de consumo em massa apresenta relações contratuais com características tão especiais que exigem uma nova abordagem e disciplina. (Id.).

⁸⁴ Ibid., p. 61 e 62.

São contratos que observam certa solenidade, devendo ser escritos, pelo fato de regularem situações sociais altamente relevantes e constituírem relações jurídicas de longo prazo. São, na maioria, contratos regulamentados, subordinados às disposições de leis especiais, de leis gerais imperativas e das demais regulamentações administrativas aplicáveis, pois envolvem, quase sempre, serviços autorizados, controlados e fiscalizados pelo Estado.

Devido a essas características são contratos que irão se basear mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças econômicas, sociais e legais na sociedade durante o longo tempo de relação contratual. A relação obrigacional é um todo contínuo, onde desde o seu nascimento as partes estão vinculadas por uma série de deveres anexos de conduta, impostos pelo princípio da boa fé objetiva na execução das obrigações (dever de informar, cooperar, dever de cuidado, de sigilo, de conselho, de lealdade e etc). A noção de “boa fé objetiva” é erigida a paradigma máximo nas relações contratuais e significa uma nova e importante limitação ao exercício dos direitos subjetivos.⁸⁵ A capacidade de adaptação, cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual será essencial.

Essas considerações são de extrema importância, pois o consumidor, com o decorrer do tempo, torna-se verdadeiramente dependente da relação contratual. Para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.

Cláudia Lima MARQUES adverte para essa nova realidade na contratação em massa: “... os modelos tradicionais de contrato (contratos envolvendo obrigações de dar, imediatos e menos complexos) fornecem poucos instrumentos para regular essas longuíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando seja a intervenção regulamentadora do legislador, seja a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário”.⁸⁶

⁸⁵ V. cap. 4.3.

⁸⁶ MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p.64.

Cabe, então, analisar as conseqüências perigosas, como as cláusulas abusivas, que as técnicas de contratação em massa podem trazer principalmente nas relações de consumo.

3.2. CONTRATOS DE MASSA E CLÁUSULAS ABUSIVAS

Hoje, estas novas técnicas contratuais são indispensáveis ao moderno sistema de produção e distribuição em massa, não havendo como eliminá-las da realidade social. Elas trazem evidentes vantagens para as empresas, como rapidez, segurança, previsão de riscos, mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção que um Estado social lhes daria. Esta confiança nem sempre é correspondida no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhe convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas ou que firam a equidade. As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do contratante que as elabora.

Fernando NORONHA conceitua cláusulas abusivas como aquelas que “em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando situações de grave desequilíbrio entre elas”.⁸⁷ As cláusulas abusivas destroem a relação de equivalência entre prestação e contraprestação.

A cláusula abusiva não seria equivalente à chamada “cláusula leonina” tradicional. A “cláusula leonina” se referia a uma realidade que pressupunha a imposição do mais forte sobre o mais fraco, característica tão bem sintetizada na sociedade leonina, de onde advém essa denominação.⁸⁸ A aproximação seria apenas aparente, pois a nulidade da cláusula leonina seria justificada com base numa

⁸⁷ NORONHA, F., *O direito...*, p.03.

⁸⁸ O Código Civil de 1916 no art. 1372 conceituava a cláusula leonina no contrato de sociedade. Segundo o artigo: “é nula a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles à participação nos prejuízos”.

característica privativa do contrato de sociedade, a *affectio societatis*, isto é, o intuito de todos os sócios de participar de uma atividade econômica para produzir lucro e partilhá-los. Fora dos contratos de sociedade a expressão cláusula leonina foi muito utilizada para outros contratos em sentido semelhante à moderna expressão cláusula abusiva, pressupondo um desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes, que ocasionaria a nulidade da cláusula. Nesta acepção, pode-se dizer que cláusulas abusivas sempre houve, ainda que lhes fossem atribuídos outros nomes como *clausole vessatorie* (cláusulas vexatórias na tradução literal) no direito italiano e *unfair clauses* no direito inglês (cláusulas injustas na tradução literal).⁸⁹

A cláusula abusiva na legislação brasileira apenas se tornou objeto de preocupações em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor⁹⁰, pois a questão só ganhou especial relevo em tempos relativamente recentes com o fenômeno da proliferação de contratos em que o conteúdo, com exceção do objeto e preço já está determinado em condições ou cláusulas gerais, ou contratos formulário como se apresentam os de adesão.

A concepção e a redação unilateral pelo contratante mais forte, ou fornecedor, do conteúdo do contrato, de certa, forma convida à elaboração de cláusulas que primam pela unilateralidade dos direitos que asseguram, garantindo vantagens somente para o fornecedor de bens e serviços, quebrando o equilíbrio do contrato e enfraquecendo ainda mais a posição contratual do contratante mais fraco, ou consumidor.⁹¹ Os contratos de adesão, por exemplo, em vista de todas aquelas suas características exige somente a capacidade dos contratantes. O consentimento, nessa modalidade, se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual, sendo a figura do erro totalmente irrelevante, o que poderá levar facilmente a abusos.

⁸⁹ Nessa orientação NORONHA, loc. cit. , p.04.

⁹⁰ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, possui capítulo referente a proteção contratual. Nesse capítulo, mais precisamente no art. 51, encontra-se a definição de cláusulas abusivas.

⁹¹ É nos contratos de consumo, em que o fornecedor é normalmente o contratante mais forte, que esse fenômeno se torna mais presente e deles partimos para a análise da nova realidade contratual.

Apesar de ter sido a difusão dos contratos submetidos a condições gerais e de adesão que forçou o legislador a regulamentar a cláusula abusiva, isto não significa que ela seja privativa deles, nem que só possa aparecer em contratos de consumo. Podem até mesmo surgir em contratos de consumo que não sejam de adesão. Deve-se recordar também que o contrato de adesão não é necessariamente um contrato de consumo.

Deve-se ter em vista que nas relações de consumo a maioria dos consumidores que concluem contratos pré-redigidos o faz sem conhecer precisamente os termos do contrato. Normalmente, o consumidor não tem a oportunidade de estudar com cuidado as cláusulas do contrato, seja porque ele as receberá só após concluir o contrato, seja porque elas se encontram disponíveis somente em outro local (lembrando que as chamadas condições gerais podem constituir um “anexo” do contrato, um cartaz afixado no estabelecimento, por exemplo), seja porque o instrumento contratual é longo, impresso em letras pequenas ou de cor apagada e em uma linguagem técnica, tudo desestimulando a sua leitura e colaborando para que o consumidor se contente com as informações gerais (e nem sempre totalmente verídicas) prestadas pelo vendedor. Confiando que o fornecedor cumprira, pelo menos, o normalmente esperado naquele tipo de contrato, o contratante mais fraco aceita as condições impostas, sem plena consciência de seu alcance e de seu conteúdo. E mesmo que o consumidor tenha oportunidade de inteirar plenamente do conteúdo contratual, lendo com calma as cláusulas pré-redigidas, ainda assim pode vir a aceitar as cláusulas abusivas, porque a cláusula estava redigida de maneira a dificultar a compreensão de seu verdadeiro alcance para uma pessoa sem conhecimentos jurídicos, aprofundados, ou porque o consumidor necessita do bem ou serviço oferecido. Esta última hipótese pode acontecer quando o serviço oferecido é daqueles imprescindíveis à vida moderna (fornecimento água, luz, gás etc.), quando o fornecedor encontra-se em posição monopólio, ou quando todos os fornecedores oferecem praticamente as mesmas condições contratuais (por exemplo, transporte aéreo), quando o serviço ou produto desejado, no momento, somente é prestado aquele fornecedor (por

exemplo, determinado espetáculo, filme, produto em determinada faixa de preço)⁹². Assim, ponderando bem os interesses envolvidos e não querendo ficar privado do bem o consumidor submete-se e adere a vontade poderosa do fornecedor bens. A desigualdade fática entre os contratantes será flagrante.

Ensina Cláudia Lima MARQUES que a abusividade é abstrata, potencial ou atual, “porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas ou surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do co-contratante”.⁹³

A abusividade é potencial, porque a cláusula talvez ainda não tenha sido executada ou exigida, logo, no mundo dos fatos, sua abusividade é apenas potencial e talvez o consumidor (que geralmente não lê ou se intera totalmente do conteúdo dos contratos) desconheça a sua inclusão em sua relação contratual. É atual, pois no mundo do direito, no conteúdo do contrato, já "existe" tal previsão abusiva, mesmo que não tenha aquele direito contratual sido exercido, mesmo que a previsão não tenha surtido ainda efeitos no mundo dos fatos, mas os direitos e obrigações, que ela assegura ou impõe, já compõem (e desequilibram ou frustram) a relação jurídica que vincula o fornecedor e o consumidor.

A abusividade é abstrata, porque jurídica, como o abuso de direito é fenômeno jurídico da má utilização do próprio direito, das autorizações, da liberdade concedida ao indivíduo. E por ser um fenômeno jurídico, a abusividade das cláusulas contratuais necessita, para sua identificação, da atividade do intérprete, do aplicador da lei, daquele que, examinando a relação jurídica e o contrato que vincula o consumidor e o fornecedor, ira concluir pelo caráter abusivo da cláusula. Assim, é a presença da cláusula abusiva nos contratos massificados ou na relação jurídica individual que a torna atual, é a execução do contrato que vai, na maioria das vezes, esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual, mas é a interpretação do contrato *in concreto*, em qualquer desses momentos, a atividade básica para a identificação da abusividade das cláusulas. Em outras palavras, a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a "descoberta", a "identificação" de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, face aos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido.⁹⁴

A atividade do intérprete para reconhecer a abusividade das cláusulas é, portanto, crucial e deve se concentrar na visão dinâmica e total dos contratos. A abusividade deve ser observada não na leitura isolada da cláusula, mas na leitura do

⁹² Exemplos utilizados por MARQUES, *Contratos no...*, p.68.

⁹³ *Ibid.*, p.69.

⁹⁴ *Id.*

todo do contrato, na função da cláusula no contrato como está redigido, na repercussão da cláusula naquela espécie de contrato, pois cada contrato tem objetivos e finalidades diferentes, possui características essenciais suas, desperta e envolve outros tipos de interesses e expectativas entre os contratantes. Assim uma cláusula poderia ser abusiva se vista isoladamente, mas não se vise no todo daquele contrato, ou vice-versa, uma cláusula de exclusão ou de revogação poderia ser lícita na maioria dos contratos de longa duração, mas não naquele tipo específico ou não naquele contrato, redigido de determinada maneira maliciosa.

Fernando NORONHA traz uma problemática em relação à interpretação e aplicação das normas relativas ao contrato no que tange às cláusulas abusivas.⁹⁵ Entende ele, que se considerarmos que a admissão no ordenamento e o sancionamento das cláusulas abusivas devem ser excepcionais, estaria certo o figurino contratual do direito contratual, permeado pela liberdade contratual que só encontra limitações por prescrições de normas públicas. As normas referentes às cláusulas abusivas constituiriam um desses campos de atuação de restrições de ordem pública. Nesse entendimento todas as normas do direito do consumidor seriam de natureza excepcional.

Efetivamente, se a lei estabelece uma disciplina excepcional para determinados casos, é porque entende dar tratamento diverso aos demais. Assim, sendo o Código de Defesa do Consumidor específico para relações de consumo, se os seus preceitos relativos a cláusulas abusivas tivessem natureza excepcional, haveria que concluir serem tais cláusulas perfeitamente admissíveis, por exemplo, em contratos como os de distribuição ou concessão comercial, de franquia (*franchising*) e de faturização (*factoring*).⁹⁶

Se as cláusulas abusivas têm caráter excepcional, não seria possível, em seu âmbito, o recurso à analogia, ou seja, o preenchimento de eventuais lacunas da lei através da aplicação ao caso omissos do princípio subjacente a norma reguladora de situação similar. No entanto, para o referido doutrinador, nada se impediria a interpretação extensiva.

⁹⁵ NORONHA, F. *O direito...*, p.7-10.

⁹⁶ *Ibid.*, p.10.

Em outra perspectiva, se a admissão das cláusulas abusivas e seu sancionamento não deveriam ser consideradas excepcionais em relação aos princípios que regem os contratos, se deveriam ser tidos como resultantes de princípios gerais ter-se-ia que repensar a teoria geral dos contratos, pois tais cláusulas não cabem nela, nos termos em que é hoje concebida, ou só lá entram como figuras anômalas de natureza excepcional. Os contratos, dessa forma, deixariam de ter como fundamento básico (ou mesmo o único, como parece a muitos) a liberdade contratual, para, ao lado dela, passarem a figurar outros princípios.

Já adiantando tema que posteriormente será tratado, modernamente considera-se que existe um dever de transparência⁹⁷, com base no princípio da boa fé objetiva, nas relações contratuais, principalmente nas de consumo, em que se abre mais espaço para a abusividade. O contratante deve ser informado ou, pelo menos ter a possibilidade de tomar conhecimento, do conteúdo do contrato. O mesmo ocorrerá quando nele forem incluídas as “condições gerais”, que só farão parte do contrato se o contratante mais fraco, ou consumidor, tiver conhecimento, ou pelo menos a oportunidade de tomar conhecimento da inserção delas no contrato, antes ou durante a celebração deste e aceitar, de maneira tácita ou expressa (em um pré-contrato, por exemplo) o seu uso. Dessa forma, deve o fornecedor informar o consumidor, antes da celebração do contrato, da inclusão das condições no futuro contrato, pois o conteúdo delas poderá influenciar na decisão do consumidor. Mesmo naqueles contratos em que é difícil a menção expressa da utilização das condições gerais (contratos orais, de transporte, por exemplo), impõe-se a afixação das cláusulas em lugar visível no local em que o contrato vai ser firmado. Cabe lembrar que os contratos devem ser redigidos de tal forma que possibilite a compreensão de seu conteúdo real pelo homem comum.⁹⁸

⁹⁷ A doutrina alemã vislumbra deveres anexos, influência do princípio da boa fé objetiva, que permeia a relação jurídica contratual (v. cap. 4.3.).

⁹⁸ Nesse sentido, decisão do TJ/PR:

Ementa: “Processo Civil. Prestação de contas. Contrato bancário. Dever de prestar contas. Envio de extratos. Irrelevância. Aplicação da súmula 259 do Superior Tribunal de Justiça (o envio mensal de extratos bancários não exime o banco do dever do banco de prestar contas ao correntista). Registrar e enfatizar é preciso: de outra forma não poderia ser, inclusive diante da dificuldade de se entender os extratos bancários na forma pela qual são geralmente apresentados. É o que percebeu Cláudia Lima

Impõe-se aos contratos uma nova função social do direito contratual que faz com que, cada vez mais, se dê a importância de elaborar, executar e interpretar os contratos com base na boa fé.

3.3. A “CRISE” NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E A SOCIALIZAÇÃO DO CONTRATO

O ápice da teoria clássica do contrato, conforme visto, se deu no apogeu do século XIX, em que vigorava o modelo de Estado liberal, quando se construiu a teoria do negócio jurídico, que foi exaustivamente ensinada nos cursos jurídicos por quase todo o período do século XX.

JHERING, no início do século XX, propôs o exame dos fins substanciais do direito, dos fins práticos das normas jurídicas, integrando, assim, elementos sociais na ciência do direito. As idéias de JHERING foram o ponto de partida da chamada "Jurisprudência dos Interesses" do início do século XX e tiveram uma atuação libertadora para os juízes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam aplicar os juízos de valor contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento. Mas, infelizmente, a "função social do direito privado" preconizada por JHERING permaneceu nas páginas dos livros e revistas doutrinárias não chegando a sensibilizar nossos legisladores da época.⁹⁹

O nosso Código Civil de 1916, produto do Estado liberal, cujos postulados básicos eram a igualdade e liberdade formais, segurança jurídica, completude e neutralidade (e em matéria contratual, estabeleceu-se como verdadeiros dogmas à liberdade contratual e a força obrigatória do contrato), colocavam à disposição do magistrado um prontuário completo a ser aplicado para cada caso de maneira infalível.

Marques na recente reedição de sua obra citando decisão do STJ: 'As instituições financeiras jamais se preocupam em apresentar os cálculos de forma inteligível para seus clientes. São siglas e mais siglas que consomem a atenção até mesmo daquelas pessoas mais habituadas ao trato financeiro que, freqüentemente, não conseguem entender o conteúdo das demonstrações. É um desafio permanente ao homem médio decifrar os contratos bancários'(Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 2002, pág.456)".

(Apelação Cível 138280-1, de Palmeira; Rel. Ulysses Lopes: 06.05.2003)

⁹⁹ MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p. 76-77.

Fruto do Positivismo jurídico, se encontrava inserido na idéia de um sistema jurídico fechado, em o que o Código deveria regular toda a vida social (e dessa forma não se admitiria lacunas na lei), de maneira completa, genérica e neutra, de modo que fora dele não haveria direito. Daí ser chamado de “Constituição do Direito Privado”.

Ocorre que a sociedade passou por modificações no curso da história e a nova realidade resultante desse fenômeno clamava pela realização de uma justiça mais distributiva que não era alcançada com a utilização da teoria clássica. O curso da história impunha uma “evolução” no modo de pensar o contrato, reclamava uma mudança principalmente tocante à formação do vínculo jurídico e na sua execução.

A insatisfação era percebida exatamente porque a liberdade de contratar (corolário da autonomia da vontade ou autonomia privada) passou a ser uma simples falácia histórica, pois na prática sentia-se que nenhuma liberdade era exercida no momento de contratar, mormente em face da necessidade de ser praticado o ato, para a própria subsistência no meio social. Nas novas técnicas de contratação em massa a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contrair não mais existia sendo por vezes a própria manifestação da vontade irrelevante, face ao mandamento imperativo da lei.

Além da necessidade de submeter ao contrato, constata-se também, no curso do século XX, o aumento da quebra do equilíbrio sócio-econômico dos contratantes, como reflexo das desigualdades dos homens, principalmente no acesso aos bens da vida. Essas desigualdades são características próprias do capitalismo e é mais sentida nos países pobres onde praticamente se aniquilou a livre vontade no contraimento das obrigações.

Em outras palavras, não somos tão livres para contratar como pensamos. Ao contrário, estamos direcionados para assumirmos obrigações em busca de uma vida melhor, como exigência de respeito e sucesso no meio social. Tudo programado pelo ideal de consumo. Afinal de contas, um mercado lucrativo para os empresários (detentores do capital) exige, em contrapartida, a presença de ávidos consumidores.

Após o término da I Guerra Mundial, abre-se o caminho para a discussão do contrato no início do século XX. Experimentando a sociedade um processo de

aumento populacional a nível mundial, originaram-se aquelas novas espécies de relações jurídicas que foram massificadas ou receberam uma conotação coletiva.

As correntes socialistas, bem como, as doutrinas sociais da Igreja Católica direcionam o pensamento no respeito aos direitos sociais, impondo a necessidade de reformas para elevação da dignidade do homem. Essa preocupação se dirige, principalmente, para aqueles que ficaram à margem dos benefícios sociais somente concedidos aos que poderiam comprá-los.

Posteriormente, com o advento da II Grande Guerra e suas nefastas conseqüências para a humanidade, são aprofundadas as necessidades em torno do respeito aos direitos humanos. Passou-se a exigir do Estado uma postura mais voltada ao social. No campo do direito privado encontramos o reflexo desse modo de pensar e, aos poucos, o interesse com os contratos não se limita ao individual, mas é ampliado em prol do social. É certo que essa alteração de postura não se dá de forma abrupta, mas paulatinamente; são transplantadas para o direito contratual as mesmas idéias que norteiam o direito administrativo na proteção do administrado em face da poderosa Administração Pública. A Igreja Católica reunida em concílio (Vaticano II) decide a sua opção pelos pobres, enriquecendo a luta em favor do social.

Nos campos do chamado “Direito Social”, tais como educação, saúde, trabalho, lazer, consumo, segurança, previdência social, economia e outros, verificou-se que o interesse preponderante está na coletividade. para a formação de uma vida digna em sociedade. Ganha relevo o trabalho do operador do direito, que deve apresentar essa preocupação, sob pena de não ser realizada boa distribuição de justiça.

Cláudia Lima MARQUES chama atenção para duas tendências que entraram em choque, na ciência do direito: “de um lado os primeiros clamores por uma socialização do Direito, os quais pediam maior liberdade ao juiz e maior inspiração social nas normas jurídicas, com a relativização do dogma da autonomia de vontade; de outro, a teoria pura de Hans KELSEN voltava-se novamente para a norma, para o labirinto teórico do próprio direito como ciência”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p.72.

Ao Estado liberal sucedeu o Estado social com a tônica de não apenas declarar direitos individuais e garantias fundamentais, mas de torná-los realidade mediante política de efetiva implantação de medidas compatíveis com a justiça e o bem estar social. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

O dirigismo contratual, por meio da multiplicação das regras de ordem pública, passou a dominar a preocupação dos legisladores, mudando a feição e atingindo até mesmo o âmago do direito das obrigações.

Interessante o paralelo que faz Paulo Luiz Neto LÔBO entre a técnica de contratação em massa denominada “condições gerais” e o dirigismo contratual:

As condições gerais têm da legislação intervencionista a mesma função: são ambas hipóteses de dirigismo contratual, uma privada, outra pública. Ambas provocam o apoucamento da autonomia privada. O Estado reduz a autonomia privada quando intervém, pretendendo tutelar a igualdade real dos figurantes das relações jurídicas negociais, já as condições gerais reduzem a autonomia privada quando dela se valem para exercício unilateral da vontade do figurante predisponente para heterorregulação das relações que se constituírem.¹⁰¹

Desse modo, evolui a teoria contratual para acompanhar a formação do Estado social, assim sentida por Paulo Luiz Neto LÔBO: “(...) o Estado liberal assegurou os direitos do homem de primeira geração, especialmente a liberdade, a vida e a propriedade individual. O Estado social foi impulsionado pelos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passando a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.”¹⁰²

Continua o jurista a desenvolver seu pensamento, afirmando que o grande golpe contra o Estado liberal foi dado pelo reconhecimento dos “direitos de terceira geração”, quais sejam, os de natureza transindividual, protegendo-se interesses que ultrapassam os dos figurantes concretos da relação negocial, ditos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O princípio da autonomia privada passou a ser questionado intensamente com reflexos constantes sobre o direito positivo, de maneira a dar ao dirigismo contratual

¹⁰¹ LÔBO, P. L. N. *Condições gerais...*, p. 22.

¹⁰² LÔBO, P. L. N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.42, abr./jun. 2002. p. 191.

quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regular as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais.

A intervenção na ordem econômica tem sido tão intensa que houve mesmo quem chegasse a antever a morte ou o fim do contrato como instituto jurídico, refletindo aquele segundo momento de repensar do modelo contratual. Estas transformações profundas acabaram por suscitar, em alguns civilistas, tratados por Gustavo TEPEDINO¹⁰³ como “os nostálgicos do *ancien régime*” expressões como “a morte do contrato” ou “crise do contrato”. São opiniões meramente ideológicas que não traduzem a compreensão ideal do momento histórico que se presencia, onde a relativização de conceitos jurídicos passa a ser uma conquista da dogmática e não, o fim de um instituto.

Contra essa afirmação de “fim do contrato”, Cáo Mário da Silva PEREIRA reflete:

Não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta é a fase atual. Outras ainda vão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exacerbar-se-á mais ainda, ou se o princípio da autonomia da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando o terreno perdido”.

O que no momento ocorre (...) é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que JOSSERAND chega mesmo a considerá-lo a ‘publicação do contrato’. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de se submeter-se àquele.¹⁰⁴

João HORA NETO considera que essa “crise” no modelo clássico de contrato é apenas uma crise de rejuvenescimento, “(...) de vivificação, pois, mediante a utilização de técnica legislativa conhecida como ‘cláusula geral’¹⁰⁵, valores estranhos ao

¹⁰³ TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.202.

¹⁰⁴ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições...**, p.19-20.

¹⁰⁵ Ele se refere à “cláusula geral”, “técnica legislativa, muito usada na vivificação do Direito, na passagem do sistema fechado para o sistema aberto”. A cláusula geral caracteriza-se pela “vagueza semântica” que expressa devido à imprecisão e indeterminação no conteúdo que aporta com a

ordenamento jurídico vigente foram, paulatinamente, ingressando no próprio ordenamento, atualizando e remodelando vetustos institutos, pela via da sistematização, graças à ação corajosa e vanguardista de uma parcela da doutrina e da jurisprudência, bem como alguns diplomas legais”.¹⁰⁶

Nesse contexto de passagem do Estado liberal para o Estado social começou a ocorrer, também, a chamada “fragmentação civilística”, à vista da abertura do sistema civil, com o advento de diversas leis especiais, que passaram a regular, de maneira específica, institutos civilísticos, surgindo assim os “microsistemas jurídicos”, evidenciando o fenômeno de superação do Código de 1916.

Em um primeiro momento, a edição de leis “extracodificadas”, não alterou substancialmente a pretensa centralidade e exclusividade do Código na disciplina das relações de direito privado. No entanto, a necessidade crescente que foi insurgindo do Estado contemporanizar os conflitos sociais emergentes, bem como as inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e que simplesmente não estavam previstas no Código, levou a promulgação de um grande contingente de leis extravagantes. Dessa forma, o Código perdeu seu caráter de exclusividade na regulação das relações privadas e a seu lado passou a se encontrar a legislação extravagante destinada a regular novos institutos.¹⁰⁷

A Constituição de 1988 também alterou sobremaneira nosso direito privado e o modelo clássico de contrato de moldes individualista. Essa interferência constitucional no âmbito do direito privado foi denominada “constitucionalização do direito civil”. Os textos constitucionais vão paulatinamente definindo princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade. A lei constitucional, retratando uma opção em favor do Estado Social, inaugurou um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, os estatutos, dentre os quais o Código de Defesa do Consumidor de 1990, que se propõe a restringir e regular, através de normas imperativas o

utilização de conceitos multissignificativos e metajurídicos, abrindo caminho para a mutabilidade do direito.

¹⁰⁶ HORA NETO, J. O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.13, jan./ mar., 2003, p.287.

¹⁰⁷ V. TEPEDINO, G. *Temas...*, p.4-7.

espaço antes reservado totalmente para autonomia da vontade, instituindo como valor máximo à equidade contratual.

Em matéria contratual, há dois princípios constitucionais que fomentaram uma radical mudança na teoria dos contratos: o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e o princípio da livre iniciativa (art.1º, IV). Haveria uma aparente antinomia entre esses princípios. No entanto, os dois concorrem de forma a fundar a concepção moderna de contrato. A dignidade da pessoa humana, por se tratar de um valor constitucional, que se traduz no respeito ao ser humano, significa dizer que o ponto central de todo o ordenamento jurídico e para onde converge todo o espectro de interesses constitucionais. A pessoa humana seria o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Já a livre iniciativa não compreende apenas a liberdade de empresa, mas também a liberdade de contrato, enquanto uma de suas facetas. Nesse aspecto, a livre iniciativa e, por conseguinte o lucro, tem respaldo constitucional, desde que o lucro não seja abusivo, pois deve estar atrelado aos ideais de justiça social, que é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º da Constituição). Portanto, todo o contrato que cause a qualquer dos contratantes um alvitamento da dignidade humana estará ferindo um princípio constitucional fundamental.

As relações contratuais firmadas entre particulares, mesmo que não sejam aquelas abrangidas pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, estarão sempre sujeitas à Constituição Federal, que não admite que contratos não realizem sua função social.¹⁰⁸

Nesse sentido, atualmente, grande parte da doutrina considera superada a dicotomia direito privado e direito público, de remotas origens romanas, até porque, principalmente com o advento da Constituição de 1988, de cunho social, o direito civil se encontra constitucionalizado, entendido como “Direito Civil Constitucional”.

O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a

¹⁰⁸ Deve-se notar também o fenômeno de “funcionalização” dos institutos de direito privado, que significa uma aproximação do direito com as demais ciências sociais. V. AMARAL NETO, F. dos S. *Autonomia privada...*, p. 21.

natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica (...) a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado.¹⁰⁹

Em face desse contexto, impõe-se uma nova concepção de contrato, uma concepção social de contrato. Nessa concepção não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (*Vertragsgerichtigkeit*) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável.

Esta renovação teórica do contrato à procura de equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de **socialização da teoria contratual** [grifo nosso]. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.¹¹⁰

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo em massa atual, o direito destaca o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia privada permanecem, mas o espaço reservado para que os particulares autoremulem suas relações é reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor, nas relações de consumo.

A lei passa a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

¹⁰⁹ TEPEDINO, G. *Temas...*, p.19.

¹¹⁰ MARQUES, C. L., *Contratos no...*, p.74.

É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social. E o contrato, como o instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo agora apresenta-se limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.

4 OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO

A ordem contratual atual, assim como aquela na qual se funda o modelo clássico de contrato, encontra, nos princípios, base sólida para o desenvolvimento teórico e jurisprudencial.

Nessa nova concepção de contrato encontraremos três princípios fundamentais, típicos do Estado Social, que não eliminaram os princípios tradicionais, mas lhes deram uma nova dimensão. Os três princípios que aqui analisaremos foram elencados por Paulo Luiz Neto LÔBO em brilhante artigo denominado “Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. São eles: princípio da função social do contrato, princípio da boa-fé objetiva e princípio da equivalência material do contrato, já citados no decorrer do trabalho.

4.1. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

O princípio da boa fé, na lição clássica de Orlando GOMES, significa que “o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dele auferível”.¹¹¹

Considera-se para o presente estudo que existem duas espécies de boa fé, ambas jurídicas, uma subjetiva e outra objetiva. A subjetiva ou “boa fé-crença”, bastante utilizada no direito das coisas, que não será objeto de tratamento mais específico nesse trabalho, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito.¹¹² “É um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”.¹¹³ Nessa ótica a boa-fé é analisada apenas com ausência de conhecimento sobre o ilícito do ato praticado. Essa é uma concepção psicológica e nesse sentido boa fé se contrapõe à má fé, vista esta como a vontade de causar dano ao outro.

¹¹¹ GOMES, O. *Contratos*, p.43.

¹¹² Cabe frisar, que embora o desenho da justiça contratual esteja centrado na boa fé objetiva não se descarta o recurso à boa fé subjetiva na análise de dada prática contratual, em que pese a prevalência da objetiva.

¹¹³ NORONHA, F. *O direito...*, p.132.

A boa-fé objetiva ou “boa fé-lealdade”, cujo campo de atuação se dá por excelência no direito das obrigações, é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. A antítese dessa espécie, não é a intenção de prejudicar, como na boa-fé subjetiva, mas a exteriorização de um comportamento improbo, egoísta ou reprovável, verificado sob a ótica da vida em harmonia dentro da comunidade. Consiste em ato violador de um dever “anexo” ao contrato, conforme veremos adiante. É a boa-fé de comportamento. Como se vê, nos dois sentidos que o princípio da boa fé toma, existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa fé objetiva existe o dever de conduta de outrem. É nessa boa fé que concentraremos a análise.

Aponta-se para a existência da boa fé, como princípio geral de direito, desde o direito romano (a *fides*), o qual difundiu-se para o direito canônico, se fez presente também na escola do direito natural e, por fim, encontrou abrigo na doutrina germânica, principalmente com os estudos de JHERING¹¹⁴ e os esforços da jurisprudência, que lhe atribuiu um sentido novo, a chamada boa fé objetiva.

No Código Civil de Napoleão, no art. 1134, afirmava-se que as convenções “devem ser executadas de boa fé”, mas tal preceito permaneceu letra morta durante todo o século XIX, porque aplicado apenas à interpretação dos contratos. No Brasil, Pontes de MIRANDA, já no século XX, entendia que o princípio da boa fé só deveria ser utilizado “para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras dispositivas”¹¹⁵; entendimento discutível, e que de certo

¹¹⁴ JHERING, no início do século XX, vislumbra a insuficiência da ciência do direito da época, a “Jurisprudência dos Conceitos”, afastada dos elementos sociais e dos problemas dos tempos modernos. Proporia, então, o exame dos fins substanciais do direito, dos fins práticos das normas, integrando, assim, elementos sociais na ciência do direito, enfim, a chamada “Jurisprudência dos Interesses”. V. *supra* cap.3.3.

¹¹⁵ MIRANDA, P. de. *Tratado...*, v.3, p.333.

modo deve ter influenciado diversos juristas brasileiros, daí o retardo no desenvolvimento doutrinário em relação ao princípio da boa fé em nosso país.¹¹⁶

Até o Código Civil de 2002 não estava positivado em norma específica. Embora o nosso Código Civil de 1916 não consagrasse norma específica a este princípio da boa fé (em sentido amplo) tal certamente nunca poderia significar que ele não tivesse relevo jurídico. A unanimidade da doutrina e da jurisprudência já entendia a um bom tempo a boa fé como princípio geral de direito¹¹⁷, sem o qual, de resto ficariam incompreensíveis os preceitos esparsos que no próprio Código Civil reportavam à necessidade de pautar a conduta pela boa fé.

Ester Lopes PEIXOTO afirma que foi através da aplicação em casos concretos que se deu a perspectivação da boa fé como princípio geral, norteador das relações obrigacionais:

A fundamental importância da boa fé que denota sua grande *operatividade* [grifo do autor] reside no fato de não se poder estabelecer o seu significado, antecipadamente, a observância ou não ao mandamento da boa-fé há de ser auferida no caso concreto. Daí a importância da atividade jurisdicional, ao realizar a aplicação do princípio da boa-fé, efetuando sua concreção com observância às peculiaridades da situação fática posta em causa.¹¹⁸

No entanto, embora o esforço doutrinário e jurisprudencial, a ausência de um dispositivo expresso no nosso Código Civil até 2002, impediu que até então a boa fé, concebida como princípio geral, desempenhasse função sistematizadora das decisões judiciais, pois muitas vezes os julgadores, ainda que iluminados pela boa fé, necessitavam recorrer a noções e princípios gerais já positivados no ordenamento (como a vedação de enriquecimento ilícito, o abuso de direito, o princípio da solidariedade, da equidade entre outros) para fundamentar suas decisões.

O mesmo não ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor que possui dispositivos expressos (art.4º, III, que se refere à boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; e 51, IV, que diz serem abusivas as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa fé e a equidade), lançando mão da nulidade do contrato

¹¹⁶ NORONHA, F. **O direito...**, p. 131.

¹¹⁷ V. supra cap. 2.1.

¹¹⁸ PEIXOTO, E. L. O princípio da boa fé no direito civil brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.45, jan./mar. 2003. p.149.

celebrado sem a boa fé. Ao inserir o princípio da boa fé como princípio informador das relações de consumo dotou o Judiciário de “ferramenta” que lhe faltava para a solução de inúmeros casos práticos nas relações de massa e, além disso, permitiu o recurso à analogia para introduzir tal princípio nas relações entre particulares (contratos civis).¹¹⁹

Ao estabelecer o princípio da boa-fé nas relações contratuais, o Novo Código Civil de 2002 está implementando a boa-fé denominada objetiva porque a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do subjetivismo do agente. Em outras palavras, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante.

A boa fé objetiva impõe uma modificação na maneira de visualizar a relação contratual. O Código Civil francês, que originalmente dispunha sobre a boa fé, a ela se reportava no momento da execução do contrato, o que, não obstante ser uma inovação, acabou sendo recepcionada em leitura restritiva. Na atualidade, a relação contratual passa de estática para dinâmica. Dinâmica porque “nasce, vive e morre”, um verdadeiro processo que irradia uma série de efeitos jurídicos (deveres de conduta e deveres contratuais) antes, durante e após a realização da obrigação. As relações contratuais durante toda a sua existência (execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas pré-contratuais)¹²⁰ e no seu momento posterior (pós-contratual)¹²¹, isto é, nas suas diversas fases, fazem nascer direitos e deveres outros, além dos resultantes da obrigação principal, daí dizer que “o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas também uma obrigação de conduta”.¹²²

¹¹⁹ O recurso à analogia não impediu que outras leituras fossem realizadas levando-se em conta um contrato constitucionalizado (socialmente funcionalizado). Para Paulo Roberto Ribeiro NALIN, a boa fé seria oriunda do princípio constitucional da solidariedade, não havendo necessidade de se recorrer a analogias (NALIN, p. 122).

¹²⁰ À respeito da responsabilidade pré-negocial ver Ester Lopes PEIXOTO, p. 153 e 154.

¹²¹ Pode haver a responsabilização por circunstâncias ocorridas após a conclusão do contrato em razão do descumprimento de deveres decorrentes do princípio da boa fé que acabem por prejudicar ou inviabilizar a finalidade objetivada no contrato.

¹²² MARQUES, C. L. *Contratos no...*, p. 81.

O Código de Defesa do Consumidor avançou mais decisivamente nessa direção, ao incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46), ao tornar vinculantes os escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48) e ao exigir a continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (art. 32). Já o novo Código Civil não foi tão claro em relação aos contratos comuns, mas, quando se refere amplamente à conclusão e à execução do contrato, admite a interpretação em conformidade com o atual estado da doutrina jurídica acerca do alcance do princípio da boa fé aos comportamentos pré-contratuais e pós-contratuais. A referência à conclusão deve ser entendida como abrangente da celebração e dos comportamentos que a antecedem, porque aquela decorre destes. A referência à execução deve ser também entendida como inclusiva de todos os comportamentos resultantes da natureza do contrato. Em suma, em se tratando de boa-fé, os comportamentos formadores ou resultantes de outros não podem ser cindidos.

Nessa perspectiva dinâmica, a relação obrigacional deve ser considerada em sua totalidade, daí a noção de “obrigação total”, como um complexo de direitos, deveres, sujeições, pretensões, obrigações, exceções, ônus, expectativas; o aspecto interno e o externo da relação. A relação obrigacional, percebida dessa forma, “permite ao operador do direito a concreção do princípio da boa-fé, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, os fins objetivados pelas partes no contrato”.¹²³

Para Ester Lopes PEIXOTO, uma das funções atribuídas à boa fé é a de atuar como “regra hermenêutica-integrativa” (cabe lembrar que esta foi a primeira função imputada a boa fé), com o objetivo de suprir eventuais lacunas não previstas pelos contratantes. Atua como fonte de direitos e deveres, ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas.¹²⁴

Duas funções assumidas pela boa-fé objetiva na nova teoria contratual elencadas por Judith MARTINS-COSTA citada por Cláudia Lima MARQUES

¹²³ PEIXOTO, E. L. *O Princípio...*, p. 150.

¹²⁴ Id.

juntam-se a essa outra de cânone hermenêutico-integrativo: como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos e; como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.¹²⁵

Fernando NORONHA acredita que a boa fé contratual desempenha três funções fundamentais: uma interpretativa, outra de integração, outra de controle.¹²⁶

A função interpretativa, segundo o referido autor, envolveria dois desdobramentos: primeiro, os contratos devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas (cláusulas ambíguas), dever-se-á preferir o significado que a boa fé aponte como razoável.

Cabe lembrar que atualmente prevalece a concepção objetivista em que se dá prevalência ao fato externo da manifestação da vontade (teoria da declaração), não se falando em tutela da vontade interna, que é inapreensível, mas em tutela da confiança.¹²⁷ O próprio Código Civil de 1916, no art. 85 (atual art. 112 do novo Código Civil) abandonou a investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível, ainda que contrarie aquela.¹²⁸

A doutrina consagrou uma série de regras para se encontrar o significado mais razoável de uma cláusula contratual ambígua de acordo com a boa fé: “comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, na dúvida, a interpretação deve favorecer o sentido que assegure a preservação do contrato” (princípio da conservação do contrato); “havendo dúvida na significação de uma cláusula será ela interpretada no sentido mais favorável à parte que assume as obrigações” (princípio da *interpretatio favoren debitoris*); e “havendo dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta a uma das partes, a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a

¹²⁵ PEIXOTO, E. L. loc. cit., p. 79.

¹²⁶ NORONHA, F. **O direito...**, p. 152-176.

¹²⁷ A teoria da confiança é formulação advinda da teoria da declaração. Para ela, quando faltar a vontade interna, ou quando esta divergir da declarada, o negócio jurídico será em princípio válido, de acordo com a declaração emitida; ele será todavia nulo quando o declaratório conhecia ou devia conhecer, caso agisse com normal diligência, a verdadeira vontade do declarante.

¹²⁸ Art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

redigiu”¹²⁹ (princípio da *interpretatio contra proferentem*).¹³⁰ Essa última regra assume vital importância quando se fala em contratos de adesão ou padronizados. Quanto a estes deve-se considerar a prevalência de cláusulas acertadas individualmente sobre aquelas uniformes e pré-estabelecidas.

A função integrativa do princípio da boa fé estabelece que “os direitos e deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato (...) a boa fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta, que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou globalizante”.¹³¹ O vínculo constituído por determinado direito subjetivo do credor, dirigido à realização da prestação, e pelo correspondente dever jurídico do devedor (a obrigação em um sentido simples¹³²) é apenas um dos vários constituídos pela relação obrigacional complexa.

Dentre esses inúmeros deveres presentes na relação obrigacional complexa há que se diferenciar os deveres de prestação (que se subdividem em primários e secundários) e os meros deveres de conduta (acessórios, laterais ou anexos, de acordo com o doutrinador).

Os deveres primários, denominados principais por Ester Lopes PEIXOTO, dizem respeito à prestação principal, determinante do conteúdo da relação obrigacional. Os secundários incluiriam aqueles meramente acessórios da obrigação principal (que visam assegurar o cumprimento da obrigação principal como, por exemplo, o dever de embalar a coisa vendida na compra e venda); e aqueles com prestação autônoma decorrente ou não da obrigação principal (por exemplo, o dever de indenizar oriundo da impossibilidade culposa da prestação). Já os meros deveres de conduta, que orientarão ambas as partes na relação obrigacional, (laterais, correlatos anexos, denominação esta que aqui utilizaremos) apresentam especial importância posto que derivam do princípio da boa fé objetiva. “Esses deveres são auferidos no

¹²⁹ Observar o art. 423 do novo Código Civil: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

¹³⁰ NORONHA, F. *O direito...*, p.156 e 157.

¹³¹ *Ibid.*, p.157.

¹³² A obrigação nesse sentido simples, tradicional, é na verdade uma abstração, pois na vida real as relações obrigacionais são complexas.

curso da relação obrigacional considerando as peculiaridades do caso concreto e o fim objetivado”.¹³³

Os deveres anexos nascem com o contrato na medida em que este se consubstancia em fonte de eventuais conflitos, os quais são evitados se a atuação dos contratantes estiver amparada pela boa-fé em suas relações, não só em face das regras dos contratos, mas também diante da conduta social de cada uma das partes.

Dentre os deveres anexos têm-se: dever de informação, deveres de colaboração e cooperação, deveres de aviso e esclarecimento, dever de cuidado em relação à integridade física, moral e patrimonial da contraparte; são os principais. O descumprimento de algum destes deveres anexos caracterizará inadimplência parcial do contrato, o que poderá levar a resolução deste com base no princípio da boa fé, que é, hoje, um princípio positivado no Código Civil.¹³⁴

Fernando Noronha agrupa os deveres anexos em três grupos: os de proteção (cujo descumprimento pode ensejar a responsabilidade extracontratual por todos os danos causados a outra parte de forma dolosa ou culposa)¹³⁵; esclarecimento ou informação¹³⁶; e lealdade¹³⁷. A violação desses deveres acessórios implica na

¹³³ PEIXOTO, E. L. *O Princípio...*, p.155.

¹³⁴ Nesse sentido, os seguintes julgados do STJ:

Ementa: “Responsabilidade Civil. Estacionamento. Furto de veículo. Depósito. Inexistente. Dever de Proteção. Boa fé. O cliente do estabelecimento comercial, que estaciona o seu veículo em lugar para isso destinado pela empresa, não celebra um contrato de depósito, mas a empresa que se beneficia do estacionamento tem o **dever de proteção**, derivado do **princípio da boa fé objetiva**, respondendo por eventual dano. Sum. 130. Ação de Ressarcimento da Seguradora julgada procedente. Recurso não conhecido”. (RESP 107211/SP; Recurso Especial 1996/0057052-3; DJ 03.02.1997; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; J. 03.12.1996- 4ª Turma).

Ementa: “Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da **boa-fé objetiva** a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido”. (RESP 272739/MG; Recurso Especial 2000/0082405-4; DJ 02.04.2000; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; J 01.03.2001- 4ª T).

¹³⁵ Observar os arts. 186 e 927, *caput* do Código Civil.

¹³⁶ Observar os arts. 147 do Código Civil, arts. 9º, 10, 30, 31 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.

possibilidade de invalidação do negócio jurídico e até mesmo, por vezes, dará a contraparte o dever de indenizar.¹³⁸

Já Paulo Roberto Ribeiro NALIN destaca dentre esses deveres o de transparência nas relações contratuais, que erige a um verdadeiro princípio, um subprincípio, decorrente da boa fé objetiva. Esse princípio impõe o dever de informar, precisamente, ao outro contratante, todo o conteúdo do contrato. Sem informação ou com informação insuficiente a vontade não existiria ou seria incompleta, faltando elemento essencial para a constituição do contrato, levando a inexistência deste ou simplesmente da cláusula não informada ou esclarecida. “A transparência está em harmonia e consagra a confiança negocial, pois quando o predisponente não informa com adequação os termos da avença, levando o aderente a assumir deveres contrários aos seus interesses patrimoniais e existenciais, caracteriza-se a violação da confiança depositada no outro e na sua postura contratual”.¹³⁹ Destaca-se aqui, também, o papel da confiança nas relações jurídicas contratuais, base da segurança da jurídica na concepção atual de contrato.

Não obstante a imposição de um dever de transparência ser originário da massificação dos negócios contratuais, não é somente nas relações de consumo que se mostra relevante, bastando que um dos contratantes seja sujeito particularmente qualificado pelo desenvolvimento de sua atividade econômica, destacando-se como mais forte que os demais, ainda que apenas na contratação.

Por fim, a função de controle determina que o credor, no exercício do seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa fé, sob a pena de proceder antijuridicamente, caracterizando o “abuso de direito”, sendo, assim, causa limitadora do exercício de direitos subjetivos. Tal controle está intrinsecamente ligado àquela afirmação de que todo o direito possui uma função social, só podendo ser legitimamente utilizado de acordo com tal função.

¹³⁷ Observar as disposições dos arts. 765 e 766, *caput* do Código Civil, em relação aos contratos de seguro.

¹³⁸ NORONHA, F. **O direito...**, p.162.

¹³⁹ NALIN, P. R. R. **O conceito...**, p.150.

Nas palavras de Ester Lopes PEIXOTO, “além do aspecto expansivo da boa fé (criação de deveres jurídicos) adquire, em determinadas circunstâncias, feição restritiva como limitadora de direitos subjetivos”.¹⁴⁰

Para Paulo Roberto Ribeiro NALIN, a boa fé é antes elemento essencial do que interpretativo dos contratos. “O contrato é antes de boa fé do que conforme a boa fé [grifo do autor]. E assim sendo, no meu entender, atualmente inclui-se a boa fé dentre os elementos que formam o *corpus* do negócio (*sujeitos, vontade, objeto ou conteúdo e boa fé*) (...)”.¹⁴¹ Ou seja, boa fé seria mais do que um princípio informativo ou conformativo da liberdade contratual.

O Código Civil de 2002, com a inclusão do art 422, assume importância pelo fato de dar maior “operatividade” ao princípio da boa fé nas relações contratuais civis, não se necessitando recorrer à analogia para introduzir tal princípio nas relações entre particulares.¹⁴² Havendo dispositivo expresse no novo Código, não resta dúvida que a matéria deverá ser enfrentada por nossos juristas.

O novo Código Civil brasileiro refere-se a ambos os contratantes do contrato comum civil ou mercantil, não podendo o princípio ser aplicado preferencialmente ao devedor. Nas relações de consumo, todavia, ainda que o inciso III do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor cuide de aplicá-lo a consumidores e fornecedores, é a estes que ele se impõe, principalmente, em virtude da vulnerabilidade daqueles. Por exemplo, no que concerne à informação o princípio da boa fé volta-se em grande medida ao dever de informar do fornecedor, o que já se mostra presente na jurisprudência.

Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Cessão de crédito com anuência do devedor. Prestações indexadas em moeda estrangeira (dólar americano). Crise cambial de janeiro de 1999. Onerosidade excessiva. Caracterização. **Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação.**

- O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

¹⁴⁰ PEIXOTO, E. L. **O Princípio...**, p. 155.

¹⁴¹ NORONHA, F. **O direito...**, p. 136.

¹⁴² “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

- A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.
- A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial.
- É ilegal a transferência de risco da atividade financeira ao consumidor, ainda mais quando não observado o seu **direito à informação** [grifo nosso].¹⁴³

O art. 422 do Código Civil de 2002 associou ao princípio da boa-fé o que denominou de princípio da probidade ("... os princípios da probidade e boa-fé"). No direito público a probidade constitui princípio autônomo da Administração Pública, previsto explicitamente no art. 37 da Constituição, como "princípio da moralidade" a que se subordinam todos agentes públicos. No direito contratual privado, todavia, a probidade é qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé. Quando muito seria princípio complementar da boa-fé objetiva ao lado dos princípios da confiança, da informação e da lealdade. Pode dizer-se que não há boa-fé sem probidade.

Se os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão, como na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé, o julgador sempre poderá corrigir a postura de qualquer um deles sempre que observar um desvio de conduta ou de finalidade. Ou ainda, se o contratante quiser se prevalecer de qualquer situação onde obtenha mais vantagem que aquela inicialmente esperada. Aliás, mesmo que não exista qualquer espécie de dano ou vantagem, diante de uma regra de ordem pública, como o art. 422 do novo Código Civil, é proibida a postura não condizente com a boa-fé objetiva, impondo-se a correção pelo magistrado.

Em determinados casos, o princípio da boa fé irá impor a resolução do contrato. A boa fé exige, por exemplo, que se dê por sem efeito o contrato quando a finalidade que as partes tinham em vista e nele pressuposta se torne definitivamente irrealizável, não obstante as prestações a que ambas se obrigaram, em si mesmas continuarem

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recurso Especial nº 417927/SP. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 mai, 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 23 ago.2003.

objetivamente possíveis. Na hipótese de “impossibilidade econômica”, surgem obstáculos tais à realização da prestação devida que esta, sem chegar a ser irrealizável, fica extremamente difícil, ou onerosa, para o devedor, mas sem que seja destruída a equivalência objetiva de prestações. Quando destrói-se a relação de equivalência entre contraprestação e prestação tem-se, aí, a figura da “onerosidade excessiva”, que justifica a revisão do contrato ou até mesmo a sua resolução.¹⁴⁴

Na concretização dos princípios da probidade e boa fé o magistrado irá guiar-se pela retidão de caráter, honradez e honestidade, que expressam a probidade que todo cidadão (como um *bonus pater familias*) deve portar no trato de seus negócios.¹⁴⁵ Deve-se lembrar que não há uma definição precisa sobre boa fé, pois esta deve surgir de sua construção histórica. São conceitos abstratos, mas neles se pode visualizar um patamar onde o juiz deve lastrear sua decisão.

Percebe-se que a vontade dos contratantes não está mais no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo no contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação contratual. Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar. Por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa fé no contrato.¹⁴⁶

4.2. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio

¹⁴⁴ NORONHA, F. **O direito...**, p.200.

¹⁴⁵ A noção abstrata de *bonus pater familias* se refere ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo de pessoa razoavelmente diligente e servirá de parâmetro de julgamento pelo juiz do comportamento de dado contratante. Tem-se aí uma aparentemente paradoxal aplicação subjetiva da boa fé objetiva fruto da experiência social do juiz. A esse respeito Roberto Ribeiro NALIN, p.126; Cláudia Lima MARQUES, p.106; Fernando NORONHA, p.138.

¹⁴⁶ NALIN, P. R. R. **O conceito...**, p.134.

contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico da força obrigatória ou *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.

No Código de Defesa do Consumidor esse princípio recebeu denominações diversas ("vulnerabilidade", "harmonização dos interesses", "equilíbrio nas relações"), voltadas ao equilíbrio e à equidade.

O novo Código Civil apenas o introduziu explicitamente nos contratos de adesão (arts. 423 e 424)¹⁴⁷, ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*), já prevista no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, e ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (cláusula geral aberta, a ser preenchida pela mediação concretizadora do aplicador ou intérprete, caso a caso).

Observe-se, todavia, que o contrato de adesão disciplinado pelo Código Civil tutela qualquer aderente, seja consumidor ou não, pois não se limita a determinada relação jurídica como a de consumo.

O princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes,

¹⁴⁷ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

“Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte.

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a “onerossidade excessiva” para uma das partes.¹⁴⁸

É nesse contexto de comutatividade contratual, que pressupõe uma relação de equivalência entre prestações, que se constrói o princípio da equidade, enquanto fundamento da justiça que deve imperar no contrato, seja ele de longa duração ou não, uma vez que as parcelas reciprocamente devidas nunca poderão estar desajustadas ou sofrer perdas ou ganhos, ao longo da execução da avença. “O princípio alcança, assim, um novo perfil, não somente no instrumento de supressão das lacunas da lei, ferramenta de interpretação da regra jurídica, julgando *ex aequo et bono*, mas visando o equilíbrio das obrigações pecuniárias”.¹⁴⁹ Nas palavras de Cláudia Lima MARQUES, é o meio para se “(...) alcançar a justiça contratual”.¹⁵⁰

Nesse sentido, para Fernando NORONHA, justiça contratual é a “relação de paridade ou equivalência que se estabelece nas relações de troca, de forma de nenhuma das partes dê mais nem menos o valor que recebeu”.¹⁵¹ Não basta que as prestações tenham um valor sensivelmente correspondente, mas sim que haja uma equilibrada repartição de benefícios e encargos. A justiça a que ele se refere é a justiça

¹⁴⁸ LÔBO, P. L. N. **Princípios sociais...**, p. 194.

¹⁴⁹ NALIN, P. R. R. **O conceito...**, p. 140.

¹⁵⁰ MARQUES, C. L. **Contratos no...**, p. 391.

¹⁵¹ NORONHA, F. **O direito...**, p. 214.

substancial¹⁵² e possui um relevo especialmente importante nas modalidades de contratação em massa, anteriormente apresentadas.

Quando o desequilíbrio entre prestação e contraprestação for evidente desde o momento da celebração tem-se “contratos manifestamente iníquos”, que por esse fato não deverão valer.¹⁵³

No entanto, esse desequilíbrio, como já dito, pode vir a se dar pela modificação das circunstâncias indispensáveis para a execução do contrato, desaparecendo a relação inicial de equivalência de prestações.¹⁵⁴ Nessas “circunstâncias objetivas indispensáveis à economia do negócio”¹⁵⁵ é que se baseia a “teoria da base negocial”. Apresenta-se nesse contexto a figura da “onerosidade excessiva” quando a prestação devida por uma das partes cresce desmesuradamente, resultado da alteração daquelas circunstâncias objetivas, em relação à contraprestação.¹⁵⁶

É de uso corrente também entre os juristas a aplicação da chamada “teoria da imprevisão” para justificar o reequilíbrio do contrato, ou resolução deste em todos os casos de superveniente destruição da relação de equivalência. Não são poucos os autores que conceituaram essa teoria, havendo igualmente inúmeras que procuram fundamentar a imprevisão, seja analisando aspectos intrínsecos ou extrínsecos do

¹⁵² Estabelece-se a distinção entre justiça formal e justiça substancial. A justiça formal, sustentada pelos adeptos da autonomia da vontade, tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. Já a justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio de direitos e obrigações de ambas as partes. A justiça contratual deve ser substancial.

¹⁵³ NORONHA, op. cit., p. 232-237.

¹⁵⁴ Obviamente, esse desequilíbrio superveniente só pode ocorrer em contratos que perdurem no tempo, como, por exemplo, os “contratos cativos de longa duração”.

¹⁵⁵ São os conjuntos de fatores de caráter geral (ordem econômica e social, o poder aquisitivo da moeda, por exemplo) essenciais para a subsistência do próprio negócio e que as partes tem como absolutamente seguros, sem as quais o contrato não cumpre a finalidade para ele pensada. (NORONHA, op. cit., 238.)

¹⁵⁶ O Código de Defesa do Consumidor já previa expressamente a revisão contratual por onerosidade excessiva quando, no art. 6º, V, diz ser um dos direitos básicos do consumidor a revisão das cláusulas contratuais “em razão dos fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. O novo Código civil passou a prever expressamente a resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva nos arts. 478 a 480.

contrato.¹⁵⁷ Aqui cabem apenas breves considerações sob pena de dar um caráter muito geral ao presente trabalho.

A jurisprudência brasileira, seguindo orientação da doutrina dominante, tem aplicado a teoria da imprevisão em caráter excepcional para abrandar, em certos casos, o absolutismo do princípio da força obrigatória dos contratos que poderia colocar o devedor em situação ruínosa que não previu, nem podia prever no momento de celebração do contrato (chega-se até mesmo a equiparar esse quadro novo surgido na execução do contrato ao caso fortuito ou força maior).¹⁵⁸

Nesse sentido, o princípio da equivalência material conjugado com o da boa fé, atuando no sentido da justiça contratual, concederá que se conceda à parte prejudicada o direito de pedir o reequilíbrio entre as prestações, ou a resolução do contrato. A inobservância do princípio da equidade levará a declaração da nulidade da cláusula abusiva; na revisão de cláusula ou do contrato como um todo que imponha desproporção econômica entre as obrigações; no reajustamento de parcelas ou na própria declaração de não obrigatoriedade da cláusula ou avença, pois o que é injusto nunca pode ser reputado como obrigatório.¹⁵⁹

Utilizando-se destes princípios, o juiz pode corrigir prestações desproporcionais entre as partes, atuando como instrumento de justiça contratual de forma a realizar, “a um só tempo, a defesa do patrimônio e da personalidade dos contratantes”.¹⁶⁰ A jurisprudência pátria já dá passos largos nesta direção, a exemplo do julgado abaixo:

COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a

¹⁵⁷ V. Artur Marques da SILVA FILHO. Revisão judicial dos Contratos. In: BITTAR, C. A. (coord.) **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.132 et seq.

¹⁵⁸ Fernando Noronha faz uma crítica a teoria da imprevisão. Para ele, a base subjetiva dessa teoria se torna inconveniente, insistindo nas expectativas alimentadas pelas partes sobre a permanência de certas condições essenciais e que seriam afetadas por acontecimentos imprevisíveis e imprevisíveis. Poderia-se dizer aí, que tudo é previsível. (NORONHA, F., p.243).

¹⁵⁹ Ibid., p.141.

¹⁶⁰ BITTAR, C. A. A contratação privada, a influência da moral e as técnicas de ajustes admitidas na atual teoria dos contratos. In: _____ (coord.). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.18.

fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do Comercial). Recurso conhecido e provido.¹⁶¹

4.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.

Para Miguel REALE, o contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. "O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida".¹⁶²

O interesse fundamental da questão da função social do contrato está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica e deve cessar quando conduzir a iniquidades, que firam os valores de justiça, que igualmente têm peso social.

Por um lado, o respeito pela autonomia da vontade, que é tradução jurídica da livre iniciativa do sistema político-econômico em que vivemos, leva à necessidade de em princípio tutelar a confiança dos agentes na estabilidade dos contratos celebrados, até como forma de facilitar a circulação de riquezas e assegurar a maximização do aproveitamento econômico. Por outro lado, porém, tal estabilidade não pode prevalecer quando haja grave desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes (...).¹⁶³

O momento de transformação da realidade contratual foi sentido pelo legislador pátrio quando no art. 421 do Novo Código Civil estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁶¹ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Contratos. Recurso Especial nº 256.456 – São Paulo. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 mar, 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 24 ago.2003.

¹⁶² REALE, M. *Lições Preliminares...*, p 121.

¹⁶³ NORONHA, F. *O direito...*, p.82.

A função social não é descoberta do Novo Código Civil, nem é privativa dos contratos.

Todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa, sendo que as próprias Constituições no século XX fazem questão de se referir à função social dos direitos, em especial o de propriedade.¹⁶⁴ Para Francisco dos Santos AMARAL NETO, “emprestar ao Direito uma função social, significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais”.¹⁶⁵

Como diz Miguel REALE, “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica”¹⁶⁶. Todo direito só poderia ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social. O exercício de modo contrário a esse interesse geral é antijurídico, caracterizando “abuso de direito”.

Mesmo quando predominava o individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social. No período do Estado liberal a inevitável dimensão social do contrato era desconsiderada para que não prejudicasse a realização individual, em conformidade com a ideologia constitucionalmente estabelecida. O interesse individual era o valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e bons costumes, não cabendo ao Estado e ao direito considerações de justiça social. O que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos. Nas palavras de FOUILLÉ, à época, “quem diz contratual, diz justo”. Hoje, perdida essa ilusão, a função social foi repensada.

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição

¹⁶⁴ NORONHA, F. loc. cit., p.83.

¹⁶⁵ AMARAL NETO, F. dos S. *Autonomia privada...*, p.22.

¹⁶⁶ REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.32.

brasileira estabelece que toda a atividade econômica (e o contrato é o instrumento dela) está submetida à primazia da justiça social. Não basta a “justiça comutativa”¹⁶⁷ que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. “Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato”.¹⁶⁸

Com exceção da justiça social, a Constituição não se refere explicitamente à função social do contrato. Fê-lo em relação à propriedade, em várias passagens, como no art.170, quando condicionou o exercício da atividade econômica à observância do “princípio da função social da propriedade”. “A propriedade é o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico”.¹⁶⁹ Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular. Sendo assim, embora a Constituição não tenha se referido de maneira explícita ao princípio da função social do contrato “assim o fez de maneira oblíqua, tangencial ou implícita, quando em diversas ocasiões se referiu à função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, 186, 182 §2º e 170, III), o que faz atestar, em corolário, que a função social do contrato tem matriz constitucional, ainda que de maneira ínsita ou ingênita”.¹⁷⁰

Tal afirmação assume vital importância considerando que a nossa Constituição possui natureza principiológica e como tal seus princípios têm importância não somente no corpo constitucional, mas em todo ordenamento infraconstitucional. E da mesma forma, a simbiose dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e da livre iniciativa (170, *caput*), apesar da aparente antinomia, traz a noção de um “contrato constitucionalizado”, que busca conciliar a livre iniciativa à justiça social, exercendo, assim, sua função social.

Tampouco o Código de Defesa do Consumidor, na década de 90, explicitou a função social do contrato, mas não havia necessidade porquanto ele é a própria regulamentação da função social do contrato nas relações de consumo.

¹⁶⁷ Entende-se por justiça comutativa aquela estabelecida entre duas pessoas que estão em relação de paridade.

¹⁶⁸ LÔBO, P. L. N. **Princípios sociais...**, p.190.

¹⁶⁹ HORA NETO, J. **O princípio da...**, p. 284.

¹⁷⁰ Id..

No novo Código Civil a função social surge relacionada à liberdade de contratar, como seu limite fundamental.

A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos “exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).¹⁷¹

A liberdade de contratar deverá, então, ser exercida tendo em mira a função social do contrato, de modo que o instituto em análise deverá estar amoldado aos ideais do Estado Social, sob pena de não ser válido.

Mesmo não sendo descoberta do novo Código, a positivação expressa do princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple os interesses sociais, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão. Segundo o modelo do direito constitucional, o contrato deve ser interpretado em conformidade com o princípio da função social.

Paulo Roberto Ribeiro NALIN, sugere que a função social teria um duplo efeito, podendo ser subdividida em intrínseca e extrínseca. A primeira se referiria à observância de princípios novos ou repensados (igualdade material, equidade e boa fé objetiva) pelos titulares da relação contratual, que seriam decorrentes da cláusula constitucional de solidariedade (art.3º, III). A segunda romperia com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato (decorrente do princípio liberal máximo da autonomia da vontade), preocupando-se com as repercussões do contrato no campo das relações sociais, pois seus efeitos, em sua nova perspectiva, passam a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.¹⁷²

¹⁷¹ LÔBO, P. L. N. **Princípios sociais...**, p.191.

¹⁷² NALIN, P. R. R. **O conceito...**, p. 235, 236.

Paulo Roberto Ribeiro NALIN também sugere como consequência da inobservância da função social a nulidade do contrato, “que seria uma hipótese aceitável no contexto da teoria das nulidades”. O contrato que não cumpre a função social, em um primeiro momento, gera efeitos jurídicos, pois já foi reconhecido por meio da valoração social, não sendo inexistente. Todavia, seus efeitos pelo fato de serem nocivos aos contratantes, ou pelo menos a uma das partes da relação jurídica, ou, ainda, à coletividade, levam à nulidade do contrato. Por exemplo, a função social de um contrato simulado não foi atingida e, portanto, deve ser excluído do mundo jurídico.¹⁷³

Sendo assim, em nome da função social do contrato é que se propõe também a intervenção naqueles contratos em que haja o desequilíbrio entre as prestações, em consequência do aproveitamento da situação de premente necessidade, da inexperiência de uma das partes, ou do perigo de grave dano que ela corra (lesão e estado de perigo).

É também com fundamento na função social que se invoca a justiça para promover revisões judiciais de contratos, fundadas na alteração de circunstâncias, com teorias como aquelas da imprevisão e da base negocial.

O significado de se estabelecer que o contrato deve atender a uma função social deve levar em conta o anseio de buscar a realização dos ideais do Estado Social, que recoloca o ser humano no centro da preocupação da ciência jurídica, tanto que a dignidade humana é hoje o princípio fundamental de nossa Constituição.

Na visão do Estado Social o contrato ganha nova roupagem, revestindo-se com a preocupação dirigida à dignidade humana e o social. Nessa nova ideologia não se pode admitir que, em nome da força obrigatória e princípio da liberdade de contratar, a dignidade humana seja colocada em segundo plano.

5 A ARTICULAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

Desde a idealização do Estado liberal, que propalava uma “pseudoliberalidade” para todos, o direito passou ser usado como meio de dominação nas mãos das minorias (elite) que sempre tiveram o comando das decisões. Como a maior preocupação dessas minorias, detentoras do poder econômico, era a manutenção do seu status, via-se que a lei somente se preocupava com o patrimônio. A pessoa com seus problemas e suas necessidades não foi objeto de preocupação do legislador. Um olhar à nossa sociedade, tal como edificada pelo Estado liberal no último século, facilmente verifica-se que a grande parte do povo está vivendo em absoluta miséria, passando fome em total pobreza. A ordem jurídica demonstra que a lei não está preocupada com o homem, mas sim com patrimônio. Deve-se lembrar da situação do devedor a quem a lei imporia o dever de cumprir a obrigação a qualquer custo, mesmo que isso significasse a sua marginalização e o aumento do número de miseráveis (aplicação pura e simples do princípio da obrigatoriedade dos contratos). Assim, o contrato nada é, dentro do Estado liberal, do que um mecanismo para o exercício dessa dominação, apesar de atrelado ao respeito à ordem pública e aos bons costumes.

Todavia, na visão do Estado social o contrato ganha nova roupagem, revestindo-se com a preocupação dirigida à dignidade humana e o social. Nessa nova ideologia não se pode admitir que, em nome da força obrigatória e princípio da liberdade de contratar, a dignidade humana seja colocada em segundo plano.

Em todo caso, a existência princípios contemporâneos que de certa forma contrariam aqueles princípios clássicos baseados no dogma da vontade, não retiram do cenário jurídico brasileiro a singularidade de nossos contratos, impulsionados pelo exercício da liberdade (art.5º, *caput*, da Constituição), em outras palavras da livre iniciativa (art.170, *caput*, da Constituição), um dos fundamentos da ordem econômica do país.¹⁷⁴

A autonomia privada na contemporaneidade possui um novo perfil que depende

¹⁷⁴ V. NALIN, *O conceito...*, p.160 e et seq.

para sua estabilização, não necessariamente a atuação legislativa, mas a atuação do Judiciário, na figura do juiz. Cabe a este a interpretação dos contratos sob a égide do princípio da boa fé contratual, sobretudo porque dele se pode extrair valores constitucionais como a dignidade humana. Os limites da função social e o princípio da boa-fé, agora consignados na teoria geral dos contratos, se completam para permitir uma visão mais humanista do contrato que deixará de ser apenas um meio para obtenção de lucro.

Deve-se ter bem entendido que a vontade contratual ainda encontra seu espaço na relação jurídica contratual (até porque um contrato sem vontade seria inexistente), tanto na “paritária”, quanto na massificada, mas seu papel decresce de importância à medida que se amplia a vulnerabilidade subjetiva de um dos contratantes, ensejando o predomínio do princípio da boa fé.

Nos dias de hoje, a mera manifestação da vontade “livre” não preenche o quadro investigativo da justiça contratual, razão pela qual considera-se como “descompromissado com estas bases, o entendimento jurisprudencial que se afirma na apologia à vontade contratual, como suficiente para a análise da justiça no contrato”.¹⁷⁵

Percebe-se que o dirigismo contratual tem quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regular as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais. No entanto, se o total liberalismo é censurável, também o excesso de intervenção no domínio do contrato é incompatível com as idéias de liberdade e autonomia que se ligam aos direitos do homem no Estado Democrático. Não há que se falar aqui em abolir tal princípio da teoria dos contratos privados.

Se os valores democráticos constituem as garantias fundamentais e os alicerces da ideologia do Estado Social de Direito, claro é que a lei deve se preocupar em criar normas de dirigismo contratual de proteção aos contratantes mais fracos. Mas, sem exageros, sem conduzir tal tutela à negação dos princípios maiores, indispensáveis ao Estado que tem na livre iniciativa e na propriedade as bases de sustentação de seu regime político-econômico.¹⁷⁶

A própria vinculatividade do contrato não vai mais se fixar no ato volitivo, mas

¹⁷⁵ Ibid, p. 135.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato...*, p.24.

na própria boa fé, conforme a opinião já mencionada de Fernando NORONHA.¹⁷⁷ A segurança jurídica, que tinha como pressuposto essencial a vinculatividade das obrigações, necessária para a realização das finalidades de interesse geral do direito dos contratos, com ênfase na produção e distribuição de bens e serviços, será assegurada através da tutela das expectativas legítimas das partes. Isto é, tem como base uma relação de confiança: “quando a lei impõe à quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está apenas protegendo no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tenha em que seu interesse particular seria satisfeito.”¹⁷⁸ Por outro lado, como nem a lei, nem as partes podem tudo prever e regular, tem-se em aberto um campo de atuação das partes na relação contratual, até porque uma pormenorizada regulamentação dos contratos seria incompatível com a autonomia privada que elas devem ter. Esse campo há de ser preenchido pela conduta das partes baseada na lealdade que se devem mutuamente, fundada na confiança e, portanto, na boa fé.

A equidade contratual inspira um novo perfil de justiça, rompendo com aquele perfil dogmático (absoluto) do princípio da vinculatividade ou obrigatoriedade dos contratos. É claro que esse princípio ainda vige no sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento que sobre ele se edifica a segurança jurídica. A atual segurança jurídica vai se fundar na condição de poderem os contratantes cumprir com suas respectivas obrigações, sem abusos ou excessos.

Da mesma forma, a relatividade dos efeitos dos contratos sofre uma modificação na maneira de ser encarada. Uma nova concepção de contrato, nucleada na solidariedade contratual, destina-se à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.

Logo, a efetivação desses mandamentos legais não fica restrita ao campo da ética, exigindo, igualmente, uma noção técnica-operativa que se especifica no dever do juiz de tornar real o mandamento de respeito à recíproca confiança, que incumbe às

¹⁷⁷ V. Supra Cap. 2.2.4.

¹⁷⁸ NORONHA, F. O direito... , p.148.

partes contratantes, não permitindo que o acordo de vontades atinja finalidade oposta ou divergente ao respeito da dignidade humana, desde o momento da contratação até a consumação do vínculo. Some-se a isso o reconhecimento dos deveres anexos cuja teleologia consiste na observância da função social.

Ao reger o comportamento das partes amparado pelo princípio da boa-fé objetiva, o magistrado deverá ter em mente a função social que o contrato exerce na atual sociedade globalizada, sendo certo que nessa perspectiva a leitura e a releitura da legislação social não bastam. É necessária uma reflexão vinculada ao predomínio do valor humano (dignidade humana), com todos os seus atributos, como resultante básica de qualquer anexo dever a ser imposto como regra de comportamento aos contratantes.

Utilizando-se dessa premissa, defende Gustavo Tepedino:

As conseqüências de tais afirmações não são secundárias nem irrelevantes. Significam, em termos práticos, que o exame da cláusula contratual não poderá se limitar ao controle da ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas à matéria. A atividade interpretativa deverá, para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério se aplica não só às relações de consumo, mas aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, às relações familiares e ao conjunto das relações do direito civil.¹⁷⁹

Fala-se em despatrimonialização do direito civil e do contrato. Parece, no entanto, deveras complexo se conceber um contrato destituído de eficácia patrimonial qualquer. Portanto, quando se faz referência a essa despatrimonialização tem-se em vista a renovação dos propósitos do contrato contemporâneo o que importa na prevalência do sujeito face ao patrimônio.

Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir riquezas com maior justiça. (...) Assim, embora se mantenha, como princípio, um direito centrado no homem, construído segundo o imaginário racionalista-liberal, estabelece-se restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses coletivos, bem como para a preservação da dignidade do cidadão, ausentes no sistema clássico de direito

¹⁷⁹ TEPEDINO, G. *Temas...*, p.211.

civil, consolidado no Código de 1916.¹⁸⁰

No Estado social os princípios liberais serão compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis. A importância do tema se dá em aprender a harmonizar nos casos concretos, principalmente naqueles envolvendo os contratos de massa, tais princípios sociais com os princípios liberais que não deixam de fazer parte da nossa sociedade, pois a compreensão que se tem deles não é mais de antagonismo radical, pois estes como aqueles refletiram etapas da evolução do direito e do Estado moderno. Sendo assim, princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu triplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio da vinculatividade (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.

Os princípios sociais adotados aproximam, muito mais do que se imaginava, o Código Civil do Código de Defesa do Consumidor, que são leis compatíveis, pois sua interpretação está submetida a princípios, diretrizes e conceitos gerais. A tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos.

O novo Código Civil adota uma nova técnica legislativa em que utiliza cláusulas gerais e princípios. A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Utilizando-se das

¹⁸⁰ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**; Curitiba: Renovar, 1998, p.16-17.

cláusulas gerais e dos princípios, o intérprete tem mais flexibilidade para, diante do fato concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas ao legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa.

Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.

CONCLUSÃO

Os princípios sociais dos contratos ingressaram no novo Código Civil uma década após o advento do Código de Defesa do Consumidor e quase um século de concepção e vigência do anterior Código Civil, cuja ideologia liberal e tornou-se incompatível com a ideologia constitucionalmente estabelecida desde a Carta de 1934, quando se inicia o Estado social brasileiro. Ao longo do século XX a convivência da Constituição social com o Código liberal gerou impasses e contradições, cujo fosso foi aprofundado com o Código de Defesa do Consumidor, com a distinção que se impôs entre contratos comuns civis e mercantis e contratos de consumo (a grande maioria). Aos primeiros a difícil aplicação dos princípios sociais dos contratos vem sendo vencida, aos poucos, devido ao esforço argumentativo de parte da doutrina voltada à constitucionalização do direito civil, cujo principal postulado reside na eficácia imediata e prevalente das regras e princípios constitucionais sobre o direito infraconstitucional, pois aqueles melhor reproduziriam os valores existentes na sociedade no seu momento histórico.

A introdução explícita dos princípios sociais do contrato no novo Código Civil chega com atraso de várias décadas e, por ironia da história, quando se fala em crise do Estado social. Para alguns, impressionados com o fenômeno crescente da globalização econômica e com a crise do Estado social, a partir da década de oitenta do século passado, já se cogitaria de um Estado pós-social. Parece, no entanto, que não há, rigorosamente, Estado pós-social, ao menos sob o ponto de vista jurídico. A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a

natureza intervencionista da ordem econômica constitucional. O Estado regulador fortalece ainda mais o processo de intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades econômicas, máxime das empresas concessionárias de serviços públicos, que lidam com coletividades de adquirentes. O paradoxo atual pode ser assim esquematizado: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais.

Percebe-se que a regulação da atividade econômica, para conter ou controlar os abusos dos poderes privados, é uma conquista que as sociedades organizadas não pretendem abrir mão. Sobretudo quando se assiste ao crescimento da concentração empresarial e de capital e da vulnerabilidade das pessoas que não detêm poder negocial, principalmente ante a utilização massiva de contratos de adesão a condições gerais unilateralmente predispostas.

Os princípios liberais do contrato (liberdade de contratar, vinculatividade e relatividade subjetiva) afirmaram a liberdade individual, contribuindo para o controle dos poderes públicos, mas foram insuficientes para controlar os abusos dos poderes privados.

Por essa razão, assumiu de importância no Estado social a consideração da vulnerabilidade em que se encontram as pessoas em certas situações negociais. A vulnerabilidade jurídica vai além da debilidade econômica da parte contratante, pois interessa o poder negocial dominante, ou seja, aquela que se presume em posição de impor sua vontade e seu interesse à outra. A presunção é definida em lei, como se dá com o consumidor, no Código de Defesa do Consumidor, e com o aderente, no novo Código Civil. A presunção é absoluta e não pode ser contrariada pela consideração do caso concreto. O consumidor e o aderente, ricos ou pobres, são juridicamente vulneráveis, pois submetidos ao poder negocial da outra parte.

Os três princípios sociais dos contratos (função social, equivalência material e boa-fé objetiva) serão comuns a todos os contratos, ainda quando não se configure o poder negocial dominante. Porém, nas hipóteses em que há presunção legal de sua

ocorrência, alguns princípios complementares adquirem autonomia e com eles se equiparam.

A compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios liberais, pois estes como aqueles refletiram etapas da evolução do direito e do Estado moderno. No Estado social os princípios liberais são compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis.

Percebeu-se, cada vez mais, que o direito está inserido em um sistema aberto, flexível, dinâmico, que permite maior discricionariedade do juiz em cada caso. Estando a teoria geral dos contratos dotada do princípio da boa-fé objetiva, o magistrado passa a exercer um papel de fundamental importância, na exata medida em que participará da construção de uma nova noção do direito contratual como sendo um sistema aberto que pode evoluir e se completar, a cada momento, diante dos mais variados casos que podem surgir na vida social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 46, 1989.
2. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
3. BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
4. _____. **Direito dos contratos e atos unilaterais**. Rio de Janeiro, Forense, 1990.
5. CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de: Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
6. CASTRO, Mônica. A colisão entre as normas do novo Código Civil e as leis especiais em vigor: aplicação do princípio jurídico. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n.13, jan./ mar., 2003.
7. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 1984, v.3.
8. DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social de contrato. In: _____. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
9. FERRI, Luigi. **L'Autonomia Privata**. Milano: Giuffrè, 1959.
10. FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.
11. GOMES, Orlando. **Contratos**. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
12. HORA NETO, João. O Princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n.13, jan./ mar., 2003.
13. LARENZ, Karl. **Derecho civil: Parte General**; Madri: [s. n.], 1978.
14. LÔBO, Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.
15. _____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo:

Saraiva, 1991.

16. _____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.42, abr./jun., 2002.

17. LORENZETTI, Luis Ricardo. **Fundamentos de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

18. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

19. _____. **Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões**. In: Congresso de Direito Bancário, **Anais...** São Paulo: IBDB, 1998.

20. _____. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.45, jan./mar., 2003.

21. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

22. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de: Ana Prata. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1998.

23. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t.23.

24. _____. **Tratado de direito civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t.38.

25. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, v.3.

26. NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito pós- moderno de contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil- constitucional**, 2000. 285f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

27. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

28. PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa fé no direito civil brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.45, jan./mar., 2003.

29. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro:

Forense, 1998, v.3.

30. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Roma: Renovar, 1997.

31. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**; Curitiba: Renovar, 1998.

32. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

33. _____. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

34. RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de: Osório de Oliveira. 2ªed. Campinas: Bookseller, 2002.

35. SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

36. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

37. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

38. VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v.1.